

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - SETOR DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS - DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

**DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA
EQUIPARADA À UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO**

TÂNIA MARINA DE AZEVEDO GRANDAL COÊLHO

**CURITIBA
2006**

TÂNIA MARINA DE AZEVEDO GRANDAL COÊLHO

**DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA
EQUIPARADA À UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná em Minter com a Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof.: Dr. Eroulths Cortiano Jr

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

TÂNIA MARINA DE AZEVEDO GRANDAL COELHO

DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA EQUIPARADA À UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO SUCESSÓRIO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof.: Dr. Eroulths Cortiano Jr

Professora Doutora Jussara Maria Leal de Meirelles

Professor Doutor Elimar Szaniawski

Curitiba, 5 de setembro de 2006.

*À minha mãe Guaracira,
mulher de fibra e dedicada que, com seu
apoio incondicional, é responsável direta
por minhas realizações e conquistas.*

*À Ariel e Betânia, razões de todo o meu
trabalho, pelo amor que me dedicam.*

*À minha querida tia Nira e André, que
sempre vibram e incentivam minhas
pequenas vitórias.*

No desenvolver deste trabalho houve aqueles que, de um modo ou de outro, não negaram ajuda.

De meu orientador, Dr Eroulths, recebi todo apoio para a materialização deste trabalho, com a indicação primeira dos caminhos jurídicos a ser tomados.

Aos amigos Marcelo Forlenza, Hellison Rivelli Martins, Mário Correa da Silva Filho e José Luiz Gonçalves que, envolvidos pelo meu entusiasmo, dispuseram-se a contribuir com material doutrinário e jurisprudencial.

Como em todos os momentos da vida também houve aqueles que, por inveja, maldade e frustração, tentaram me prejudicar. A esses, igualmente agradeço, pois foram fonte de meu maior empenho e dedicação para a realização de mais uma conquista de minha vida.

RESUMO

RESUMO

O Direito de Família contemporâneo direciona-se à realização personalística da afetividade, não mais se restringindo ao âmbito do casamento. Neste contexto, destaca-se que, para várias pessoas, as realizações emocional e sexual perfazem-se numa união com um parceiro do mesmo sexo. No percurso histórico nota-se que as alterações introduzidas neste ramo do Direito deram-se de forma gradual, permanecendo, ainda hoje, algumas das características da família clássica. Estes resquícios de modelo familiar defasado — herança de um heteropatriarcalismo — servem somente de entraves, aos quais, parte da doutrina apegase para não reconhecer novas formas de entidades familiares. O sistema jurídico atual vem sofrendo significativas mudanças introduzidas pelo convívio social e pelo surgimento de novos valores na sociedade. Uma nova moldura no Direito vem sendo construída, por isso as características da hierarquia, do patriarcalismo e da exclusividade do matrimônio, do modelo familiar tradicional estão em vias de superação. Deste modo, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar deve ser o próximo passo. O empecilho para desconsiderá-lo juridicamente, baseado na ausência de finalidade procriativa, não mais se justifica, pois se refere aos objetivos reprodutivos da família clássica, hoje superados. Os argumentos de ordem moral desconhecem a fase atual da ciência sobre o assunto. No âmbito jurídico, o primeiro passo importante na direção ao reconhecimento foi a noção de sociedade de fato, que se constitui em pretensa solução, pois, além de ignorar toda a carga afetiva existente naquela relação, reduzindo-a à finalidade econômica, na seara do direito de sucessão, propicia o locupletamento ilícito de familiares em detrimento do parceiro supérstite. Sem o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, não se admite ao parceiro supérstite, a qualidade de herdeiro. Em que pese a possibilidade de ser o parceiro sobrevivente, herdeiro testamentário ou legatário, ainda assim, haverá o locupletamento. Na equiparação com a união estável é que se encontra o contexto mais próximo ao conteúdo da união homoafetiva. Todavia, deverá ser conjugada com uma leitura segundo a perspectiva constitucional atualizada. É mediante a articulação axiológica do Direito Civil Constitucional que se deve

construir a base jurídica de tutela à parceria entre pessoas do mesmo sexo, quer na sua aplicação direta, quer no estímulo para a elaboração de norma específica. Em cumprimento do valor da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado o livre desenvolvimento da personalidade, segundo sua orientação sexual, aplicando-se um tratamento jurídico não diferenciado.

ABSTRACT

ABSTRACT

The contemporary Family Law aims at the personal affectivity fulfillment, no longer restrained by the marriage scope. In this context, it is distinguished that, for some people, the emotional and sexual accomplishments can only be reached with a partner of the same sex. Throughout the historical course of the Brazilian Family Law, the introduction of gradual changes in this branch can be noticed, although some classical family traces still remain. Today, these outdated familiar standards — heritage of the heteropatriarchalism — are just as a fetter to which, part of doctrine praxis to disclaim new sorts of families. The present juridical system has been altered by significant changes introduced by the social acquaintance and arise of new values in society. A new shape of Law has been built, so that the hierarchy, the patriarchy and the marriage superiority are to be surmounted. In this way, the recognition of homoffective stable relationships, as a family, ought to be the next step. The procreation condition is not a juridical reason to deny the fact anymore, once refers to the classical familiar standards surpassed. The displayed moral arguments ignore the actual scientific stage about the theme. The first important step, in the Brazilian Family Law, towards the acknowledgement of homoffective stable relationships effects, has been the notion of society in fact. However, this conception, as a supposed solution, disregards all the affective charge from these relations because, besides reducing them to a sample of economical purpose, provides the unlawful enrichment of others relatives in detriment to the surviving partner. If the homoffective stable relationships is not considered as a familiar entity, the surviving partner cannot be admitted as an heir. Nowadays, the surviving homoffective partner can be admitted as a heir testamentary or legatee by the Brazilian Laws, nevertheless it continues to provide an unlawful enrichment. The equation between the homoffective stable relationships and the heterosexual ones, which are acknowledged by the Charter, must be the most probable issue, due to their traces. Nevertheless, this equation must be expounded according to the present constitutional perspective. The juridical support to the homoffective stable relationships acknowledgement comes from the Constitutional civil law

principles, even though using it as an incentive for creating specific rule. Observing the human being dignity's value, the free development of the personality must be respected, according to his own sexual orientation, applying an equal juridical treatment.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	IV
AGRADECIMENTOS	V
RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUÇÃO	02
PARTE 1 CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO: PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES	08
1.1 A Pluralidade de Entidades Familiares	09
1.1.1 O Conceito Tradicional de Família e sua Atualização	09
1.1.1.1 <i>A Família no Código Civil de 1916</i>	11
1.1.2 Panorama da Família nas Constituições Brasileiras	15
1.1.2.1 <i>A Família e a Constituição de 1988</i>	20
1.1.3 O Novo Código Civil e as Formas de Famílias	34
1.1.3.1 <i>Casamento</i>	35
1.1.3.2 <i>União Estável</i>	39
1.1.3.3 <i>Concubinato</i>	47
1.2 A Afetividade como elemento caracterizador ao reconhecimento de Família	48
1.2.1 O Afeto e o Modelo Tradicional de Família	50
1.2.2 A Afetividade no Modelo Constitucionalizado	55

PARTE 2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS PRINCIPAIS VALORES PARA O RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS	60
2.1 Constituição e Ordem de valores	61
2.2 A Dignidade da Pessoa Humana	66
2.2.1 A Proteção Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Homoafetividade	70
2.3 Os Direitos da Personalidade	71
2.4 Da Igualdade Constitucional	76
2.4.1 A Discriminação por Orientação Sexual no Direito Pátrio	77
 PARTE 3 CRITÉRIOS PARA APREENDER AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	 80
3.1 A Homossexualidade no Contexto das Transformações Atuais de Sentido de Família. A Superação do Padrão Clássico de Família Baseado na Heterossexualidade com Finalidade Procriativa	81
3.2 A União Homoafetiva e a Inexistência de Previsão Legal	88
3.3 A União Homossexuais e o Casamento	92
3.4 As Uniãos Homoafetivas e a União de Fato	96
 PARTE 4 O DIREITO SUCESSÓRIO E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS	 116
4.1 Direito Sucessório e as Parcerias Homoafetivas	117
 CONCLUSÕES	 124
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 131

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

Esta dissertação é fruto de reflexão sobre um caso verídico¹ vivenciado no exercício da judicatura.

A partir da realidade apresentada e a necessidade de ser feita a prestação jurisdicional, impõe-se a reflexão e busca de respostas jurídicas em sintonia com os reclamos do contexto social atual, que exige a superação de certos padrões do Direito Civil.

É ato inquestionável que a lei não consegue acompanhar o desenvolvimento social, cada vez mais acentuado, sendo que as relações afetivas são as mais sensíveis à evolução dos valores e conceitos, escapando ao Direito positivado, que é incapaz de prever regramento para as novas situações que se impõem.

Compete ao Poder Judiciário o preenchimento das lacunas, de forma consciente, de que as regras legais existentes não podem servir de limites à prestação jurisdicional, uma vez que seu compromisso é zelar pela paz e pela justiça social. A resposta deve ser encontrada, não só na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, como ordena a lei civil, mas sobremaneira nos direitos e garantias fundamentais, que servem de base ao Estado Democrático de Direito, principalmente pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da livre orientação sexual.

É costume objetar que a relação homoafetiva² não se constitui em espécie de união estável, ante a exigência de diversidade de sexos, prevista na regra constitucional nas Leis nº 8971/94 e 9278/96 e, atualmente, no novo Código Civil.

¹ Trata-se de um processo de inventário, envolvendo um relacionamento homoafetivo, cujo companheiro supérstite teve sua habilitação contestada pelos sobrinhos do *de cujus* (parentes mais próximos), que fora remetida às vias ordinárias, em que se discutiu o reconhecimento da união estável entre o falecido e o companheiro supérstite.

Nessa esteira de entendimento, argumenta-se que a relação sexual entre duas pessoas maiores e do mesmo sexo (já que relacionamento sexual envolvendo menores constitui-se em pedofilia ou estupro), que moram juntas, jamais se caracteriza como uma entidade familiar. Este entendimento não releva a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas resulta da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo não formam um núcleo de procriação humana e de educação de novos cidadãos, já que a concepção tradicional de família pressupõe as figuras de pai e de mãe, o que as uniões homossexuais não conseguem imitar.

Nas culturas ocidentais contemporâneas a homossexualidade tem sido estigmatizada, pois aqueles que não têm as preferências sexuais consoante os padrões de moralidade, definidos como “normais”, são relegados à marginalidade, sem que se considere o fato de que o amor e o afeto independem de sexo, cor, raça, idade, educação social e outras características.

O sistema jurídico pode ser um sistema de exclusão, desde que a atribuição de uma posição jurídica dependa do ingresso da pessoa ou situações na universalidade de titularidades que o sistema define. A negativa do reconhecimento das uniões homoafetivas duradouras e públicas como entidades familiares, resulta de força preconceituosa dos valores culturais dominantes, que se alicerça em juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado.

A questão dos direitos dos casais do mesmo sexo tem sido debatida no mundo e, um dos argumentos em favor de um tratamento igualitário, é no sentido

² Note-se que nesta dissertação as expressões homoafetiva, homossexual e homoerótica serão usadas indistintamente, por serem equivalentes. Entretanto, insta ressaltar que, etimologicamente, as expressões não se equivalem. O vocábulo “homossexual” foi criado pela médica húngara Karoly Benkert e introduzido na literatura técnica, em medicina, no ano de 1869, e exprime a idéia de semelhança, de igual, de análogo, ou seja, homólogo ou semelhante ao sexo que a pessoa almeja ter, como também significa a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo. Já a expressão “homoafetiva” constitui-se num neologismo, utilizado pela autora e desembargadora Maria Berenice DIAS (2001), que expressa o vínculo que envolve o par homossexual. O termo “homoerotismo” foi utilizado por Jurandir Freire COSTA (1992) na tentativa de desconstruir o sentido pejorativo e preconceituoso que cercava o vocábulo homossexualismo, e significa que indica a existência, no repertório da sexualidade humana, a possibilidade de pessoas do mesmo sexo sentirem-se atraídas, sem que isso implique doença, anormalidade ou perversão.

de que as uniões homoafetivas devem ter os mesmos direitos que outros casais, ao demonstrar, publicamente, um compromisso mútuo em desfrutar de uma convivência harmoniosa. Nesse aspecto, vários países já possuem legislação que assegura direitos aos casais homossexuais, como a Inglaterra, o Canadá, a Dinamarca, a Suécia, a Noruega, a Islândia, a Hungria, os Estados Unidos, a França, Israel, a Argentina, entre outros.

A Constituição de 1988 erigiu como entidades familiares, aquelas formadas pelo casamento, pela união estável e pelos grupos monoparentais. No entanto, verifica-se, atualmente, a existência de numerosas unidades de vivência, além das entidades familiares expressamente referidas no texto constitucional, como união de parentes, grupos e pessoas que vivem em caráter permanente sob o mesmo teto, cujo liame seja a mútua assistência, sem conotação sexual, grupo formado por “filhos de criação”, entre outros³. Nota-se, entretanto, um liame caracterizador entre todos, qual seja, os laços de afetividade e ajuda mútua, sendo que nem todos apresentam finalidade sexual ou econômica, conforme mencionado. Daí incluírem-se as uniões homoafetivas.

³ Processo REsp 159851 / SP ; Recurso Especial 1997/0092092-5. Relator(a) Ministro Ruy Rosado de Aguiar (1102). Órgão Julgador T4 - Quarta Turma Data do Julgamento 19/03/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 22.06.1998 p. 100LEXJTACSP vol. 174 p. 615.

Ementa: Execução. Embargos de terceiro. Lei 8009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e, por isso, o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido.

Acórdão Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Processo: REsp 625885 / RJ ; Recurso Especial 2003/0238397-7 Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 17/11/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 12.12.2005 p. 391.

Ementa Processual Civil. Execução. Penhora. Bem de família. Ocupação unicamente pelo próprio devedor. Extensão da proteção dada pela Lei n. 8.009/90.

- I. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (EREspn. 182.223/SP, Rel. p/acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 07.04.2003, por maioria), considera-se como “entidade familiar”, para efeito de impenhorabilidade de imóvel baseada na Lei n. 8.009/90, a ocupação do mesmo ainda que exclusivamente pelo próprio executado.
- II. Ressalva do ponto de vista do relator.
- III. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a penhora.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

As entidades familiares referidas na Constituição não encerram uma relação hermética, fechada ou clausulada, como bem evidencia LOBO (2002)⁴, e nela se podem incluir outras que preencham determinados requisitos. Outro fato digno de nota refere-se à não hierarquização entre as entidades familiares. Quando no § 3º, do art. 226 da Carta Federal o legislador orienta a união estável no sentido de facilitar sua conversão em casamento, não possui o condão de revelar a primazia do sistema matrimonial. A isonomia entre as entidades deriva precipuamente, do reflexo do princípio da isonomia na Constituição.

Com a retirada do corpo da Constituição da expressão “constituída pelo casamento”, contida na Carta Magna de 1969, o constituinte pôs sob a tutela constitucional toda e qualquer manifestação de família. Desaparecendo a cláusula de exclusão, impõe-se a interpretação de uma norma ampla, não podendo suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos⁵.

Destarte, o **caput** do art. 226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo o rol ali nomeado meramente exemplificativo, por serem os tipos mais comuns. Por se tratar de conceito amplo e indeterminado, que conduz à tipicidade aberta, sua interpretação no sentido de inclusão das demais formas familiares se reforça quando da leitura de seu § 4º, cujo termo “também” possui o significado de “da mesma forma”, “outrossim”, o que exprime uma idéia de inclusão de todas as unidades familiares, mesmo as não previstas.

Conseqüentemente, pode-se concluir que, mesmo na ausência de lei que as regule, as uniões homoafetivas são reconhecidas pela Constituição como

⁴ LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionais: para além do numerous clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, 2002.

⁵ LOBO, *ibid.*, p. 44-5.

entidades familiares sendo que, alguns consideram-nas como entidades distintas, tendo-se em vista sua natureza e, para outros, como uniões estáveis.

Dado o caráter formal do matrimônio, que impossibilita emoldurar a união homoafetiva como forma de casamento, o que não há respaldo quer na doutrina, quer nos repertórios jurisprudenciais, impõe-se analisá-la como uma forma de comunidade familiar, aparentada com união estável.

Uma vez estabelecida a equiparação, verificar-se-á a atração das uniões homoafetivas para a esfera do Direito de Família, sendo-lhes reconhecidos todos os direitos e proteção atinentes àquela forma de entidade familiar, prevista expressamente no ordenamento codificado.

Neste ponto, é importante focar os efeitos sucessórios advindos do reconhecimento das uniões homoafetivas como forma de uniões estáveis. A solução hoje empregada, quando da dissolução da união homoafetiva advinda de óbito de um dos parceiros não mais satisfaz, impõe prejuízos aos envolvidos não só de ordem sentimental, mas porque induz ao locupletamento de terceiros, em relação ao parceiro supérstite.

Defende-se aqui um posicionamento de reconhecimento da união homoafetiva como verdadeira entidade familiar que, por ausência de ordenamento jurídico próprio a lhe regular seus direitos e deveres, deve ser equiparada à união estável, hoje expressamente reconhecida na legislação pátria, com a qual guarda estreitas similitudes, inclusive de desenvolvimento histórico.

Assim nos capítulos que se seguem foram enfocados, primeiramente, a pluralidade de formas de entidades familiares, num breve estudo retrospectivo da família desde o Código Civil de 1916 até o atual, passando pela Constituição Federal, com ênfase ao novo elemento caracterizador da relação familiar — o afeto — introduzido no modelo constitucionalizado.

O segundo capítulo procurou apontar as bases constitucionais, visualizando seus principais valores que conduzem ao reconhecimento das relações

homoafetivas, como a dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade, igualdade e liberdade de orientação sexual.

O terceiro capítulo estabeleceu critérios para aferição da união homoafetiva como entidade familiar, em que se estabelece a equiparação à união estável.

Finalmente, o último capítulo tratou do direito sucessório e a posição do parceiro homossexual na solução atual e após o reconhecimento da equiparação das uniões homoafetivas como uniões estáveis. Nesse ponto, insta ressaltar que o presente estudo pretendeu enfatizar o problema da equiparação da união homoafetiva à uma das formas de entidade familiar expressamente reconhecida pelo atual ordenamento jurídico, enquanto não se verifica o estabelecimento de legislação própria a regula-las, servindo os efeitos sucessórios, como tema delimitador.

PARTE 1.

***CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO:
PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES***

PARTE 1.

CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO: PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

1.1 A PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

1.1.1 O Conceito Tradicional de Família e sua Atualização

Para ENGELS (2002)⁶ o estudo da história da família teve início, em 1861, com a publicação do livro *Direito Materno* de Johann Jakob Bachofen, em que o autor formula quatro hipóteses sobre o assunto. A primeira afirma que, primitivamente, os seres humanos viviam em promiscuidade sexual (*heterismo*); a segunda, em decorrência da primeira, excluía totalmente a possibilidade de estabelecer a paternidade, atribuindo a filiação apenas pelo direito materno. A terceira, como consequência, sendo as mães reconhecidas como únicas progenitoras, traduzia-se em grande respeito, levando ao domínio feminino absoluto. A quarta hipótese diz respeito à passagem do “heterismo” para a monogamia.

Opondo-se às teses de Bachofen, LENNAN (apud ENGELS, 2002)⁷ formulou a tese das tribos exógamas e endógamas, que o levou a ser considerado o “fundador” da história da família, cuja teoria foi rechaçada após estudos que demonstraram outros tipos de matrimônio além dos três tipos reconhecidos por Mc. Lennan (poligamia, poliandria e monogamia).

Já em 1871, a partir de observações nos sistemas de parentesco e reconstituições de formas de família, MORGAN (apud ENGELS, 2002, p. 15-9)⁸

⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

⁷ LENNAN apud ENGELS, 2002, p. 14.

⁸ MORGAN, 1871 apud ENGELS, 2002, p. 15-9.

abriu novos rumos à investigação sobre a história da família. Segundo o autor “a família é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, na medida em que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado”⁹.

A partir desse conceito, que se mantém atual, depreende-se que família é um elemento dinâmico, cujo sentido evolui conforme o desenvolvimento da sociedade a que está inserida.

LACAN (1990)¹⁰, em 1938, vem demonstrar que a família não é apenas um grupo natural, mas sim uma estrutura psíquica, na qual cada um de seus membros desempenha uma função, um lugar que, necessariamente, não estejam ligados biologicamente. “(...) a família desempenha papel primordial na transmissão da cultura”.

De grande interesse para melhor entendimento sobre a regulação jurídica do Direito de Família, a definição de família já foi alvo de juristas brasileiros, como BEVILÁQUA (1976)¹¹ para quem família é:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

De ressaltar o conceito de família estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XVI, 3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e pelo Estado”. E posteriormente, em 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos,

⁹ ENGELS, op. cit., p. 30.

¹⁰ LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 13.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 16.

que retrata os mesmos elementos conceituais, inerentes daquele contexto temporal.

No direito brasileiro, a concepção de família baseou-se no padrão constituído de pais e filhos oriundos de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado — Código Civil de 1916.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 esse conceito ampliou-se com o reconhecimento de outras formas de entidades familiares, como a monoparental, bem como a oriunda de união estável — art. 226 da Carta Magna, assumindo um caráter predominantemente sócio-afetivo que patrimonial, de outrora.

1.1.1.1 A Família no Código Civil de 1916

Até a entrada em vigência do Código Civil de 1916 foram as Ordenações Filipinas que serviram de regramento normativo em matéria de Direito Civil, sendo que na seara do Direito de Família, várias foram às modificações introduzidas no decorrer do tempo, por meio de legislações esparsas.

Pelo Decreto de 3 de novembro 1827 foi introduzido o Direito matrimonial do Concílio de Trento, em toda a sua integralidade, adotando o formalismo da jurisdição canônica. Em 1857 sobreveio a consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, que reuniu todas as disposições do Direito de Família. Posteriormente, adveio o Decreto 181 de 1890, que introduziu o casamento civil em nossa legislação pátria, desvinculando, assim, o Estado da Igreja: o movimento da secularização do casamento¹².

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: RT, 1998.

No início do século XX, a família predominante nas elites do país é fruto da decadente “casa-grande”¹³ do século XVIII e das elites rurais e do “sobrado”, do século XIX, sendo que as primeiras mantêm alguns traços da família colonial, como prole extensiva, e quanto ao segundo tipo, como elites urbanas, aproximam-se de uma formação nuclear.

Discorrendo sobre a estrutura social do país à época da elaboração do Código Civil, GOMES (2003)¹⁴ pontua as condições do momento histórico da concepção do Código Civil, afirmando:

O Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontrava obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.

Demonstrada a mentalidade dominante fiel ao individualismo jurídico, a família do Código Civil anterior é caracterizada pelo patriarcalismo, apresenta hierarquização, é fundada no matrimônio e possui forte caráter transpessoal.

¹³ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 30.

O patriarcalismo se caracteriza como uma estrutura, na qual o desenvolvimento de homens e mulheres tem por base a superioridade masculina e, em decorrência desse contexto, torna-se a estrutura dominante nos ordenamentos jurídicos.

Desde o século XIX vários pensadores levantaram diversas teorias sobre a origem do patriarcado, mas foram Marx e Engels que mais se destacaram. Segundo os autores, a divisão sexual do trabalho deu origem a uma divisão social do trabalho, que levou ao aprimoramento das tecnologias, produzindo o excedente ou lucro. Esses excedentes tornaram-se valores de troca, que originaram uma classe dominante, fazendo surgir a propriedade privada.

Conforme ENGELS (2002)¹⁵, nessa época, o sexo feminino era restringido ao âmbito privado, para fornecer maior prole, visando a um aumento da produção, defesa da terra e do Estado. Emerge, assim, a supremacia masculina com a cultura competitiva dos lucros. Instalada a divisão sexual do trabalho, surge o patriarcado.

Desse sistema fundado no patrimônio advém a posição hierarquicamente superior do homem.

Os papéis exercidos entre os membros da família eram rigorosamente estabelecidos.

No modelo clássico, a unidade da família constituía-se valor supremo e, portanto, não havia possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. O interesse da família sobrepunha-se aos interesses de seus membros, daí seu caráter transpessoal. Não havia a valorização dos interesses individuais dos integrantes do ente familiar, mas tão-somente da instituição em si, meio importante de produção e transmissão de patrimônio.

¹⁵ ENGELS, op. cit. cap. 9, p. 177-201.

A hierarquia entre as funções se erigia, mas a família, enquanto instituição, ocupava o ápice da hierarquia e não o homem, em si.

A visão do homem como chefe da sociedade conjugal estava ligada à necessidade de uma autoridade para manter a ordem e unidade da família, conservando-a dentro do sistema de produção, retratando todo um sistema social da época.

O modelo de família consagrado pelo Código Civil de 1916 era fundado no matrimônio, que de forma valorativa era denominada de legítima. O ordenamento jurídico não reconhecia outra relação familiar como jurídica. A toda e qualquer relação entre homem e mulher não submetida à formalidade prevista no Código não tinham reconhecidos os direitos, sendo sua eventual prole tida como ilegítima, sem qualquer reconhecimento jurídico.

O modelo legal de família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada era também transpessoal, na medida em que a lei arquitetava uma maneira de sustentar a estabilidade institucional da família. O Código Civil de 1916 tolerou um desquite, com rígidas regras, não admitindo o divórcio, o que, em outras palavras, equivale dizer que a dissolução do vínculo conjugal só se operava com a morte de um dos cônjuges ou com a nulidade das núpcias.

Uma radiografia da família daquela época evidencia sua valorização primordial às funções institucionais que se sobrepõem ao bem-estar e satisfação de seus membros, e é nesse ambiente díspar da realidade e anseio social que o instituto da família permaneceu por mais cinquenta anos apartado da realidade, ora permanecendo em situação inalterada, ora sofrendo alguns avanços, como se pode notar pelas Constituições Federais que se promulgaram até desaguar em 1988, a mais social das Constituições pátrias.

1.1.2 Panorama da Família nas Constituições Brasileiras

O papel da família na sociedade destaca-se para o homem como o mais importante elo no relacionamento social, pois é em seu seio que nasce, recebe a proteção indispensável para continuar a vida e se prepara para os embates que o futuro lhe reserva.

Neste contexto, a família, como instituição social, precede ao Estado e ao próprio Direito.

Nas últimas décadas, a família vem sofrendo profundas mudanças de função, natureza, composição e concepção, sobretudo após o advento do Estado social.

No Brasil, a questão da família não mereceu atenção dos constituintes quando da elaboração das duas primeiras Constituições, já que na Carta Magna de 1824, não há qualquer referência à família em particular e, na segunda, apenas passou a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir família. Esse posicionamento foi fruto do pensamento predominante à época, proveniente do constitucionalismo liberal clássico, em que imperava a hegemonia do individualismo, cujos objetivos eram a organização fundamental do Estado, mediante a separação dos poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão.

Em leitura à Constituição de 1824, nota-se claramente seu objetivo puramente político, razão pela qual não faz qualquer menção à família em geral, tão-somente referindo à família real, não de forma estrutural, mas focado a sucessão hereditária. Analisada dentro de seu contexto histórico mostra sua natureza liberal-clássica, a exemplo das demais constituições de sua época, em que se centrava em regular a divisão de poderes, declarar os direitos do cidadão para limitar o exercício do poder. Em contrapartida, os aspectos sociológicos, econômicos, culturais e sociais não faziam parte de suas disposições, dado o caráter não intervencionista daquele diploma.

Proclamada a República e promulgada sua primeira Constituição, igualmente não se dedicou um capítulo específico à família, mas introduziu posição definitiva no sentido de retirar da Igreja Católica o controle do ato jurídico do casamento. Importante registrar a emenda proposta por Pinheiro Guedes que buscava caracterizar a família como base da sociedade, declarava competir ao Estado regular sua formação e criava direitos e deveres para os cônjuges, admitindo a ruptura do laço, nos casos e pela forma prevista em lei¹⁶. A iniciativa não obteve sucesso, não sendo sequer votada. Fato é que a segunda Constituição terminou sua vigência sem contemplar um capítulo ao campo social, sobremaneira, a seara de proteção à família brasileira, tudo devido a seu conteúdo liberal clássico e decorrente caráter não-intervencionista.

Já o início do século XX, o mundo vivia tempos conturbados. Na primeira década, eclodiu a revolução do México (1910), originando a Constituição Mexicana de 1917, voltada à ordem econômico-social. Seguiu-se, no cenário mundial, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a Revolução Russa (1917), a Grande Depressão dos EUA, devido ao *crash da Bolsa de Nova York* (1929) e o surgimento do *New Deal*. Na Itália consolidou-se o fascismo, sob liderança de Mussolini e a República de Weimar mostrou sinais de enfraquecimento, permitindo o início da ascensão ao poder de Adolf Hitler.

No Brasil, sob a influência dos acontecimentos do cenário internacional, irrompia, em 3 de outubro de 1930, uma revolução — historicamente conhecida como “Revolução de 1930”, pondo fim ao período da Primeira República e, conseqüentemente, extinguindo com o modelo liberal puro, em decorrência do clamor por uma nova ordem política, econômica e social que as transformações mundiais impuseram.

¹⁶ ROURE, Agenor. **A constituinte republicana**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. v. 2. p. 512-3.

Em comentário à Constituição de 1934 MIRANDA (1936)¹⁷ afirma que:

(...) ela possui elemento novo; é programática, em parte social-democrática, em parte “católica”; mais social-democrática e, pois, mais acorde com o intervencionismo do Estado e com a doutrina político-católica do que a de 1891, o que a faz católica nos pontos relativos à ordem econômica.

Assim, na Constituição de 1934, a matéria de família foi tratada: a) no Título III, Capítulo II, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, arts 113 n^o 34, que garante o Direito de prover a família com frutos de trabalho honesto; b) no Título IV, “Da Ordem Econômica e Social”, art. 134, que estabelece regra de vocação sucessória de bens de estrangeiros residentes no país, favorecendo a sucessão do cônjuge brasileiro e seus filhos, e art. 138, alíneas *b* a *f* que adota medidas protetivas da família, e finalmente, no Título V, com a denominação “Da Família, da Educação e da Cultura” inserida no Capítulo I, “Da Família”, arts. 144 *usque* 147, e que estabeleciam a indissolubilidade do casamento, prevê a gratuidade do ato de habilitação, registro e celebração do casamento, reconhecia aos filhos naturais isenções no ato do reconhecimento e igualdade de recolhimento de emolumentos no ato de transmissão causa *mortis*, aqui em igualdade com os filhos legítimos.

Em decorrência, nota-se na Constituição de 1934 que o conceito substancial de família não restou delimitado, mas somente especificou-se o ato pelo qual seria constituída e que o ato jurídico do casamento era indissolúvel, em que pese presença de oposição sobre o referido termo, quer por alguns constituintes, quer respeitáveis doutrinadores, que desejavam inserir o instituto do divórcio na legislação pátria, como já ocorria nos países mais avançados¹⁸.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. t. 1. p. 13.

¹⁸ GONÇALVES, Lopes. **A Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: F.F. Ed., 1935.

A quarta Constituição de 1937 abordava o tema “Da família” nos arts 124 *usque* 127 e pouca alteração introduziu. Este instrumento procurou tratar da necessidade de educar a prole com a promessa da colaboração estatal; da questão da igualdade de incumbência dos pais, entre os filhos naturais em relação aos legítimos e firmou posicionamento no sentido de conceder garantias especiais à infância e juventude, como vida digna. Entretanto, deixou de regular a questão de se estender os efeitos civis ao casamento religioso, o que somente veio a ocorrer por causa da lei n. 379/37.

Novamente, o cenário internacional era abalado com o advento da Segunda Guerra Mundial.

Com o fim da guerra e a vitória dos aliados, desestabilizaram-se os regimes autoritários ou totalitários no mundo. O mesmo fenômeno foi verificado no Brasil, podendo-se citar como motivos do descrédito no chefe do Governo do Estado Novo, a outorga da Constituição não submetida a um plebiscito nacional e a não convocação de eleições para o Poder Legislativo Federal, entre outros.

A Carta de 1946, elaborada com respaldo a Lei Constitucional 13 de 12/11/1945¹⁹, em quase nada inovou sobre o instituto da família em relação à Constituição de 1934. Nela verifica-se que fora mantido o casamento civil, com vínculo indissolúvel, considerando-o ato preponderante na sociedade conjugal, mas também garantindo a possibilidade de estender os efeitos civis ao casamento religioso, restabelecendo um direito constitucional suprimido pela Constituição de 1937. Ao contrário do que ocorrera com a Constituição de 1946, em termos do conceito de família começam a surgir inovações, oriundas das profundas transformações sociais em todo o mundo, no que diz respeito à adoção do divórcio pleno e à evolução de seu próprio conceito.

¹⁹ Os arts. 1º e 2º da Lei Constitucional 13 estabeleciam, respectivamente: “que os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, em Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil” e “promulgada a Constituição, a Câmara e o Senado Federal passarão a funcionar como Poder Legislativo ordinário”.

Quanto à Constituição de 1967, advinda da Revolução de 1964, demonstrava o nítido interesse em proceder a reformas nos títulos constitucionais da Carta Magna de 1946 que garantissem, aos detentores do poder federal à época, o exercício do poder político e a sua perpetuação, não havendo preocupação com o tema “família” que fora reduzido a apenas um único artigo e quatro parágrafos, mantendo os direitos já previstos na Constituição anterior.

Os três Ministros das Forças Armadas — Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald, General Aurélio de Lyra Tavares e Brigadeiro Márcio de Souza e Mello autorizaram a Emenda Constitucional n° 1 à Constituição Federal de 1967, aproveitando-se do recesso do Congresso Nacional, valendo-se das atribuições conferidas pelo art. 3 do Ato Institucional n. 16 c/c § 1º do art. 2º do Ato Institucional n. 5 de 13/12/68 que, à semelhança das reformas anteriores, manteve o *status quo ante*, fixando a forma da constituição da família pelo casamento civil sem possibilidade de dissolução, como o fundamento desse sistema, não se preocupando também em conceituar, de maneira precisa, o que seria família para o direito fundamental.

O governo revolucionário, após as eleições gerais parlamentares, percebendo a perda da maioria do apoio político no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados Federais, quanto no Senado, tomou a iniciativa de alterar a norma constitucional posta, de tal forma que as subseqüentes alterações constitucionais fossem concretizadas apenas com a maioria absoluta dos votos no Congresso Nacional. Nesse cenário, então, foi proposta pelos senadores Acioly Filho e Nelson Carneiro nova alteração na norma constitucional. Apresentaram emenda constitucional, que recebeu o n° 09/77 que dava nova redação ao § 1º do art. 175, a qual não só suprimia o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, mas também estabelecia os parâmetros da dissolução, determinando a regulamentação para as vias de legislação ordinária.

Mesmo após todo o debate, em âmbito nacional, com ferrenha oposição da Igreja Católica, a emenda n° 9 foi aprovada, sendo posteriormente objeto de

regulamentação, por meio de lei ordinária federal n. 6515/77, concretizando, assim, a iniciativa do senador Martinho GARCÊS FILHO (1932)²⁰, datada de 1900. Não há qualquer dúvida de que a Lei do Divórcio constitui-se em marco de fundamental importância para o começo da modernização do direito de família.

1.1.2.1 A Família e a Constituição de 1988

Após dez anos de percalços políticos, o processo de abertura política teve início. Em março tomou posse como presidente, General Geisel, que apresentou proposta de um gradual e seguro “projeto” de redemocratização, o qual não logrou realizar dada a grande resistência dos militares da chamada “linha dura” do regime, que pretendiam a nomeação do general Sílvio Frota para a presidência.

No entanto, em seu governo houve a reforma do Poder Judiciário, o gradativo desaparecimento da censura, revogação dos Atos Institucionais, incluído o temido AI-5, sem a perda de seus efeitos, a partir de 1º de janeiro de 1979.

Em seguida, tomou posse o General João Batista Figueiredo como presidente prometendo “fazer deste país uma democracia”²¹, sendo o primeiro passo a Lei da Anistia, embora não tenha suas raízes em concessão do governo, mas oriunda de ampla campanha popular. Seu governo foi marcado por uma série de crises econômicas, acelerada pela crise do petróleo, alta inflacionária, ingerência do Fundo Monetário Internacional e pelo movimento “Diretas Já”, que

²⁰ GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1932. v. 2. p. 4., o qual faz menção a parte do discurso de seu pai perante o Senado, em favor do divórcio afirmando que ele “*restitui a liberdade e tranquilidade dos cônjuges, os quais podem contrair novas núpcias; diminui o perigo social das uniões ilegítimas e dos nascimentos clandestinos*”.

²¹ ARRUDA, José Jobson de A.; PELETTI, Nelson. **Toda a história, história geral e história do Brasil**. 6.ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 333-4.

não obteve a aprovação do colégio eleitoral, haja vista que as oposições não dispunham de maioria.

Com a derrota da emenda, a campanha pela presidência bipolarizou-se entre os partidos PDS, sob liderança de Paulo Maluf, apoiado pelo governo e o PMDB, com Tancredo Neves, apoiado pela frente de oposições constituída pela Aliança Democrática, tendo este último conseguido ser eleito, pelo Colégio Eleitoral com 480 votos a favor dos candidatos da Aliança Democrática, contra 180 votos a favor do candidato da situação.

No entanto, o presidente eleito foi acometido de doença, levando-o a óbito, tendo o seu vice, José Sarney, tomado posse na condição de presidente.

Finalmente, passada mais de duas décadas de governo militar, teve início uma nova fase na vida política do país, em que advieram medidas inovadoras como a aprovação, pela via de emenda constitucional, da eleição direta para o cargo de presidente da República, em sucessão presidencial; para o cargo de prefeito de capitais e municípios considerados áreas de segurança nacional; eliminação da fidelidade partidária; extensão do direito de voto aos analfabetos. Um dos méritos desse governo residiu na nomeação de uma Comissão Nacional Constituinte, que se constituiu em foro de debates sobre os temas constitucionais, sendo encaminhado ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional, que teve como objeto a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, que fora aprovada sob o número 26, promulgada em 27 de novembro de 1985.

Uma vez instalada a Assembléia Nacional Constituinte de 1967 nota-se que o constituinte brasileiro alterou substancialmente a estrutura do texto constitucional, já que nas Constituições anteriores o tratamento dispensado ao Estado antecedia na ordem de disposições normativas constitucionais, ao tratamento conferido aos direitos individuais.

Como se verifica na atual Carta Magna, primeiro foram fixados os direitos e garantias fundamentais para em seguida, serem traçadas as diretrizes fundamentais do Estado, o que evidencia seu caráter social.

Especificamente, no que se refere à matéria de família, nota-se que a Carta Magna de 1988 constitucionalizou situações fáticas latentes na sociedade brasileira, oriundas da evolução de valores sociológicos da família.

As inúmeras mutações sociais marcaram a disciplina jurídica da família, destacando-se a admissão do reconhecimento dos filhos adulterinos, a emancipação da mulher casada e a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Essas transformações encontraram seu apogeu na Constituição Federal de 1988 que, estabelecendo a base da República na dignidade da pessoa humana, elegeu a pessoa, em sua dimensão humana, como objeto da tutela do ordenamento jurídico.

Como bem destaca NEVARES (2002)²² nas palavras de SCALISI:

(...) a pessoa, que Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, enquanto tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação).

Efetivamente, a Constituição Federal agasalhou o princípio da solidariedade, compreendido em função da atuação da pessoa humana. Assim, a

²² NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.

família deixou de ter seu valor intrínseco, como instituição em si, como era vista pelo ordenamento jurídico de 1916, merecedora de tutela pela simples existência, passando a ser valorada e tutelada na medida em que se constituiu em núcleo de permeio do desenvolvimento da personalidade de seus membros e de promoção de suas dignidades.

Conseqüentemente, com o advento da Constituição de 1988 altera-se a noção de família, que passa a ser considerada como organismo social que merece ser tutelada na medida em que promova o desenvolvimento de seus membros. Como destaca PERLINGIERI (2002)²³ a família, como formação social, é tutelada pela Constituição em função da realização das exigências humanas, como ambiente de desenvolvimento da pessoa, e não como portadora de um interesse superindividual. Ressalte-se, porém, que tais noções não são antagônicas, mas se completam, já que a família só será tutelada em função da pessoa que, por sua vez, só será protegida desde que não demonstre tendências desagregadoras do núcleo familiar.

A família como formação social como “sociedade natural” é garantida pela Constituição (art.29, §1) não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa (art. 2 Const.). A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana; ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.²⁴

Além da mudança de concepção, a Constituição Federal incorporou ao ordenamento jurídico novas entidades familiares, ao lado do casamento que, em decorrência, perdeu seu papel de única forma de legitimar o núcleo familiar.

²³ PERLINGIERI, Pietro. Estado democrático de direito. In:_____. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, cap. 9, p. 244-5.

²⁴ PERLINGIERI, *ibid.*, p. 244-5.

A Carta Magna de 1988, ao estabelecer o capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, no Título VIII, da Ordem social, dispôs em seu art. 226 *"caput"* que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Em seus parágrafos 1º e 2º expõe normas relativas ao casamento, reconhecendo a união estável no parágrafo terceiro e, por último, no parágrafo quarto a família monoparental, todas como entidades familiares.

Nesse ponto surgem, pelo menos, duas questões que impõem seu enfrentamento, ainda que de maneira superficial, já que diretamente ligadas à questão das uniões homoafetivas.

A primeira corresponde à concepção axiológica hierarquizada das entidades familiares com primazia do casamento em relação às demais entidades familiares; a segunda diz respeito à característica não taxativa de entidades familiares agasalhadas pela Constituição Federal.

A celeuma dá-se a partir da disposição do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, quando estabelece que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Tal dispositivo constitui-se no cerne da tese que afirma a superioridade do matrimônio como forma de constituição de família.

Inicialmente, ao considerar-se o casamento como entidade familiar hierarquicamente superior às demais, significa dizer que aquele será protegido prioritariamente pelo ordenamento jurídico, o que conduziria à conclusão de que aos casados foram atribuídos, pelo legislador, direitos superiores aos demais casais, que constituíram outras formas de entidades familiares, que não aquela revestida pelo ato formal do matrimônio.

Ademais, este posicionamento conduz o regime jurídico do casamento a ser parâmetro para as demais entidades familiares. Conseqüentemente, certos direitos conferidos à união estável seriam inconstitucionais por não terem sido atribuídos ao casamento, como por exemplo, a situação prevista no art. 1726 do NCC ou o § 2º do art. 1723 do mesmo diploma legal.

Em que pese parte da doutrina reconheça a primazia do casamento em detrimento das demais, mantendo a tutela jurídica restrita, a hierarquização axiológica entre as entidades familiares é inconstitucional.

Hoje, a família é o meio de realização da pessoa humana, na qual desenvolve sua personalidade. O princípio da dignidade da pessoa humana, estatuída como fundamento da República, inserida no art. 1º inc. III da Constituição Federal confere conteúdo à proteção atribuída pelo Estado à família:

(...) é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social²⁵.

Essa situação que conduz a proteger prioritariamente algumas pessoas simplesmente porque optaram por constituir família a partir da celebração de um ato formal, obviamente, enseja princípio contrário ao ordenamento constitucional, violando o princípio da dignidade da pessoa humana (C F/88 art. 1º inc. III) e o princípio da igualdade, na medida em que estatui privilégios a alguns em prejuízo de outros indivíduos, de maneira injustificada, já que todos devem ser iguais perante a lei.

Consoante ensinamentos de MELLO (2002)²⁶,

(...) é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer que não seja extraído delas mesmas.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 341.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Em outras palavras, em relação a um tratamento diferenciado, em primeiro plano, é necessário individualizar o fator que gera a desigualdade. Uma vez isolado esse fator, insta investigar se há algum fundamento lógico para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função do critério de desigualdade evocado. Por fim, insta verificar se o fundamento racional, abstratamente existente, é *in concreto* e mantém correlação harmônica com os valores agasalhados no sistema normativo constitucional.

In casu, não se discutem as diferenças de cada entidade familiar, pois cada qual encerra nuances diferentes. A questão restringe-se em determinar em que se baseia, qual seu fundamento para a diferenciação. A diferenciação regulamentar das entidades familiares deve relevar as peculiaridades de cada uma, mas nunca poderá servir de justificativa para impor sua superioridade em relação às demais.

Assim, a princípio, cada entidade familiar deve ter seus próprios estatutos normativos, estabelecidos segundo suas próprias peculiaridades. Contudo, este estatuto deve respeitar o princípio da igualdade. Em observando o caso do matrimônio e da união estável, por exemplo, tem-se que o ponto de diferenciação está na forma de sua constituição. Enquanto o casamento é constituído a partir de um ato solene e formal, a união estável constitui-se numa situação fática. Traz-se à colação a diferenciação apresentada por TEPEDINO (2004)²⁷ entre o casamento como ato jurídico solene e como relação familiar:

Como se sabe, o casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ela criada. Diz-se, por exemplo, que Tício se casou em certo dia do ano, para referir-se a tal solenidade. Ao revés, a afirmação de que Caio está casado há 20 anos alude à entidade familiar por ele constituída, como relação jurídica que engloba o conjunto de

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 384.

efeitos próprios da convivência familiar, a qual, no caso de Caio, tem origem no casamento.

Desse enfoque infere-se que as relações familiares geradas por ambos institutos são idênticas na essência, já que são baseadas em iguais vínculos de afetividade, solidariedade e respeito. Contudo, são diametralmente diversas quanto à forma de constituição, podendo-se concluir que a regulamentação de cada uma deve conter diferenciações, mas, nem por isso, a primeira encontra-se em superioridade em relação à segunda.

Torna-se insustentável o entendimento da superioridade do casamento em relação às demais entidades familiares, já que todas têm a mesma função de promover o desenvolvimento pessoal e afetivo de seus membros.

Cada pessoa tem o direito de livre escolha da forma de constituição de família, não podendo incidir restrições em seus direitos em virtude de tal escolha. Como assinala LOBO (2002)²⁸, o princípio da liberdade de escolha, como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, é reconhecido constitucionalmente:

(...) consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada²⁹.

Não se olvide que, em gerando *a priori* seus efeitos, a formalidade do matrimônio gera maior segurança para as relações jurídicas na sociedade, quer entre os cônjuges, quer em relação a terceiros que com eles venham a contratar. Em decorrência dessa segurança jurídica que o constituinte prevê, algumas vantagens que facilite sua adoção, como gratuidade do casamento civil, a conversão em casamento das uniões estáveis.

²⁸ LOBO, op. cit., p. 43.

²⁹ LOBO, op. cit., p. 43.

De forma alguma a regra do art. 226 § 3º *in fine* da Constituição Federal enseja a interpretação de prioridade do matrimônio em relação às demais entidades familiares. Tal regra constitui-se em mero meio de formalizar a relação daqueles que optaram, inicialmente, pela formação de sua entidade familiar sob égide informal. Conforme afirma LOBO (2002)³⁰ acerca do dispositivo legal em comento:

(...) configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como uma norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio de igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.

Corroborando esse entendimento, assevera TEPEDINO (1999)³¹ que o constituinte não pretendeu criar famílias de “primeira e segunda classes”, mas prever diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação de modo que pudessem ser estendidos a uniões estáveis os regimes jurídicos peculiares às relações formais.

As reflexões sobre o alcance das normas e princípios contidos no art. 226 da Constituição Federal, em face dos critérios de interpretação constitucional, sobremaneira pelo princípio da concretização constitucional, conduzem ainda à conclusão da superação do *numerus clausus*, segunda questão que emerge da interpretação do disposto no artigo 226 da Constituição Federal.

³⁰ LOBO, op. Cit., p. 43.

³¹ TEPEDINO, op. cit., 1999, p. 356.

A interpretação dominante do dispositivo legal do § 3º do art. 226 da Constituição Federal é no sentido de que as entidades familiares ali explicitadas configuram *numerus clausus*. Esta parcela ponderável da doutrina baseia seu entendimento em razão de ordem de tradição jurídica e também pela interpretação axiológica do referido dispositivo legal, como bem destaca DIAS e SOUZA (2001)³² que afirmam que Constituição Federal “por absoluto preconceito de caráter ético, deixou de regular certas espécies de relacionamento”.

Num primeiro plano, deve-se focar que as entidades familiares referidas na Constituição Federal não encerram uma relação hermética, o que se nota a partir de três preceitos estabelecidos no ordenamento constitucional, quais sejam: o *caput* do art. 226 em conjunto com os dispostos em seus §§ 4º e 8º do mesmo diploma legal.

O legislador ao suprimir a cláusula de exclusão “constituída pelo casamento” contida no art. 175 da Constituição Federal anterior, sem fazer-lhe qualquer substituição, colocou sob a tutela constitucional toda forma de entidade familiar, pois uma norma de sentido amplo não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, mas sim relevar importância às pessoas que a integram.

Na legislação anterior, a família era fundada no casamento como um bem em si mesmo, daí repudiar e reprimir as famílias “ilícitas” como meio de proteger a “paz doméstica”, a estabilidade. Conseqüentemente, o *caput* do art. 226 CF é cláusula geral de inclusão, não se admitindo excluir qualquer entidade familiar que preencha os requisitos da: afetividade, notoriedade e estabilidade.

³² DIAS, Maria Berenice, SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: interseções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 8, p. 68, jan.-mar. 2001.

Igualmente é cláusula geral de inclusão, a regra do § 4º do art. 226 CF, no que tange à expressão inserida “também”, que significa³³: da mesma forma, outrossim, igualmente, a qual, nesse caso, exprime uma idéia de inclusão destas unidades, sem afastar outras não previstas.

Outrossim, os preceitos estabelecidos no art. 227 CF referem-se à família igualmente sem qualquer especificação, ressaltando o interesse das pessoas que as integram, ratificando o sentido do § 8º do art. 226 do mesmo diploma legal.

Por conseguinte, a atual Constituição Federal centra sua proteção não mais na família como instituição, base do próprio Estado e da organização política, econômica, religiosa e social, como fizeram as constituições anteriores, mas nas pessoas que a integram, por opção ou por circunstâncias da vida comprometendo a realização do princípio da dignidade humana. Daí, razão porque seus integrantes comparecem como sujeito de deveres mais que de direitos. Em decorrência, a família passou à natureza jurídica de grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade.

Na Constituição Federal depreendem-se algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da efetividade, que demonstra essa profunda evolução social da família, especialmente no que se refere à condição igualitária dos filhos, independentemente da origem (art. 227 § 6º); a adoção por escolha afetiva (art. 227 §§ 5º e 6º); a comunidade monoparental e a união estável encontram-se protegidas constitucionalmente (art. 226 §§ 3º e 4º); a livre dissolução da união estável ou casamento quando desaparece o laço de afetividade (art. 226 §§ 3º e 6º).

No tocante à afetividade, produto de construção cultural, deve ser interpretada de forma sistemática e teleológica, e avaliada conforme a realidade

³³ LÔBO, op. cit., p. 45.

fática de cada situação real, mas que, em linhas gerais, caracteriza a família com a presença do afeto como liame, causa e objetivo último de uma relação ou comunidade.

Na lição de CANOTILHO (2003)³⁴ ao referir-se ao “princípio da máxima efetividade” formula:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Aplicando-se ao tema, chega-se à conclusão de que à redação do art.226 Constituição Federal deve-se atribuir a inclusão de todas as entidades familiares, pois confere maior eficácia ao princípio da “especial proteção do Estado” mencionado no caput do dispositivo constitucional e de realização da dignidade pessoal “de cada um dos que a integram” estatuída no § 8º daquele artigo.

Arrematando, tem-se ainda a lição de HESSE (1991)³⁵ em que ensina que a interpretação da Constituição está submetida ao princípio da concretização da norma, no qual as mudanças das relações fáticas podem e devem provocar mudanças na interpretação constitucional.

Em outro giro, importante comentar a situação jurisprudencial evidenciada durante a Constituição Federal de 1946. Visando tangenciar a vedação constitucional expressa de tutela legal às famílias constituídas fora do casamento, objetivando garantir, ao menos, proteção patrimonial, erigiu-se a

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

Súmula 380/STF de efeitos exclusivos ao plano econômico, cujo enunciado firmava:

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Configurando-se grande avanço para os padrões clássicos adotados à época, a perda de sua importância ocorreu com a supressão da expressão “constituída pelo casamento” previsto no art. 175 da Constituição Federal de 67/69, pela Carta Magna de 1988, que consagrou a dignidade das pessoas que integram implícita ou explicitamente (art. 226 § 7º, 277, 230), abandonando o caráter transpessoal das Constituições anteriores.

Mesmo a partir da promulgação da Constituição Federal 1988, o uso da referida súmula continuou, sobretudo em relação às uniões estáveis, o que significou um atraso, pois não reconhecia a união estável como família, mas a considerava uma relação patrimonial. Esta situação perdurou até o advento da lei nº 8.971/94, e após com a lei n. 9278/96, que estabeleceu a competência das varas de família para resolver as questões sobre uniões estáveis.

Em decorrência da mudança do posicionamento, os sujeitos de deveres são o Estado, a sociedade e a família que devem propiciar meios de realização da dignidade pessoal, dispondo-se-lhes o reconhecimento da natureza de família a todas as entidades com fins afetivos.

Esta tendência tem sido bem verificada no STJ que vem firmando conceito ampliado e inclusivo de entidade familiar, notadamente no que se refere à aplicação da lei n. 8009/90. Reiterados acórdãos vêm observando o princípio da dignidade humana, implícito na necessidade de resguardar uma moradia, assim como na norma de inclusão do § 4º do art. 226 CF que reconhece como entidade familiar qualquer comunidade, desde que presentes os requisitos da afetividade, da notoriedade e da estabilidade. Nesse sentido, já reconheceu aquele pretório

direito ao benefício da impenhorabilidade de bem de família aos *singles* (solitários), aos solteiros, aos irmãos solteiros³⁶.

Outro ponto a salientar refere-se às uniões homossexuais. Seriam ou não tuteladas pela Constituição Federal como entidade familiar?

A resposta que se impõe é afirmativa, mas desde que preenchidos os requisitos da afetividade, da notoriedade e da estabilidade. A ausência de norma infraconstitucional reguladora não constitui impedimento para seu reconhecimento, já que a norma do art. 266 CF é de inclusão e auto-aplicável.

Para LOBO (2002) não há necessidade de equiparação das relações homoafetivas à união estável, já que pela regra do § 3º do art. 226 CF estabelece uma relação entre heterossexuais, por conseguinte, aquelas constituiriam uma unidade familiar própria.

Um dos argumentos principais utilizados para negação de proteção da relação homossexual repousa na impossibilidade de procriação. No entanto, tal argumento é frágil se for observado que uma família sem prole é constitucionalmente tutelada. A procriação não é mais a finalidade indeclinável da família constitucionalizada e, ainda, pelo art. 42 do ECA é permitida a adoção por qualquer pessoa, independentemente do estado civil.

Em geral, a doutrina tem encontrado tutela específica para uniões homossexuais como entidade familiar nos direitos fundamentais do art. 5º, sobretudo no âmbito dos direitos que garantem a liberdade, igualdade, inviolabilidade da intimidade e da vida privada, fundamentos que orientam o direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo da pessoa humana, como se verificará em seguida.

³⁶ Sobre o assunto verificar alguns acórdãos, como STJ - REsp 182223/SP; RESP 276004-São Paulo; (RSTJ 153/273); RESP- 57606/MG (RSTJ 81/306; RESP 159851-São Paulo (LEXJTACSP 174/615 entre outros.

Somente para concluir, a lista de entidades familiares explicitamente apresentada na Constituição Federal não é *numerus clausus*, pois devem ser consideradas entidades familiares, todas as que preencham os requisitos da notoriedade, da afetividade e da estabilidade e formem tipos próprios, tutelando-lhes efeitos jurídicos pelo direito de família e não pelo obrigacional, mesmo que, para isso, seja necessária a sua equiparação com um dos institutos pré-definidos na Constituição Federal, como o caso da relação homoafetiva, tão somente para se acautelar a segurança jurídica.

O ideal é que cada entidade familiar submeta-se a estatuto jurídico próprio que não a equipare ou condicione aos requisitos das demais mas, para tanto, é necessário empenho do legislador. Ademais, não há modelo preferencial entre as diversas de família. As entidades familiares que não se encontram regidas por lei infraconstitucional devem ser regidas pelas regras e princípios gerais do direito de família, não havendo regras únicas, que se apliquem somente àquelas entidades familiares expressamente citadas na Constituição Federal. É importante ter sempre em mente que o fator que unifica as entidades familiares é a função de **locus** de afetividade e da tutela de realização da personalidade das pessoas que as integram.

1.1.3 O Novo Código Civil e as Formas de Famílias

Com termo inicial de vigência em 10 de janeiro de 2003, o atual Código Civil, lei n. 10406/2002, incorpora em seu texto as alterações inseridas na atual Constituição Federal e em leis especiais em matéria de família, introduzindo, ainda, substanciais mudanças no que tange à conceituação do casamento e disposições sobre união estável e concubinato.

Composto de cinco Livros Especiais, além da Parte Geral, o novo Código Civil abre o Livro do Direito de Família (Livro IV) pelo direito pessoal, seguindo referência ao direito patrimonial, à união estável, à tutela e à curatela.

Dando continuidade ao enfoque preeminente ao casamento, conforme constava no Código Civil revogado, cujos desdobramentos dos arts. 1511 a 1722 atingem mais de duzentos dispositivos, o novo *Codex* dedica às entidades familiares informais, apenas cinco artigos, sendo quatro dispositivos à união estável e apenas um ao concubinato, limitando-se, neste último caso, a sua definição sem apresentar qualquer regramento.

Nesse ponto, impõe-se uma análise, ainda que parcial, de cada entidade familiar prevista no atual Código Civil.

1.1.3.1 Casamento

O casamento constitui-se em forma tradicional de constituição de família, sendo que antes da vigência da Constituição Federal de 1988 era a única forma de legitimação da família, conforme preceito do art. 229 do Código Civil de 1916. Com o advento da atual Carta Magna, outras formas de entidades familiares passaram a ser reconhecidas, como a união estável, a família monoparental, expressamente inseridas no corpo de seu texto, e outros núcleos comunitários, cuja finalidade é a vida em comum, unidos pelos laços da afetividade.

Quanto aos efeitos jurídicos advindos do matrimônio, o atual Código Civil introduziu sensíveis mudanças.

De início, destaca-se a conceituação como núcleo de comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, uma vez revogada a vetusta classificação distintiva dos direitos do marido e da mulher, contida nos arts. 233 a 255 do Codex de 1916, que se tornaram conflitantes frente ao consagrado princípio da igualdade da Constituição Federal de 1988, art. 266 § 5º. Chega a termo a situação anacrônica da figuração secundária da mulher como “colaboradora, companheira e consorte” e do homem, como “chefe da sociedade conjugal” (art. 240 e 233, respectivamente, do revogado Código Civil). Ainda sob

a ótica da igualdade, ressalte-se a equiparação da idade núbil, com a redução para dezesseis anos, e a igual redução da maioridade civil para dezoito anos, para a dispensa da autorização dos pais ou responsável legais.

Quanto aos impedimentos matrimoniais, o novo Código Civil (arts 1521 incs. I a VII) considera os fatos que efetivamente vedam a união civil pelo casamento, cuja infração acarreta a nulidade (art. 1548 II), não mais consagrando os impedimentos relativos do revogado Código Civil art. 183 IX a XII, como causas de impedir a realização do ato, mas como causas de nulidade ou de anulação. Com referência aos impedimentos meramente impeditivos ou proibitórios, previstos no então art. 183 incisos. XIII a XV, o novo *Codex* os incluiu nas chamadas “causas suspensivas” previstas no art. 1523, em que se ressalta a previsão específica de causa suspensiva de casamento para o divorciado, enquanto não efetuada a partilha dos bens do casal, por similitude com a hipótese de viuvez. A consequência penalizadora do casamento, celebrado com infração às referidas causas suspensivas, encontra-se prevista no art. 1641 inc. I, cuja disposição assemelha-se às contidas nos revogados arts. 226 e 258 § único, inc. I do código anterior³⁷.

O Novo Código Civil cuida da habilitação nos arts. 1525 a 1532, no qual repete em linhas gerais o procedimento anteriormente adotado, sendo que a novidade introduzida reside na homologação judicial, que no sistema revogado era reservada aos casos de impugnação (oposição dos impedimentos) não aceita pelas partes. Também sem inovar significativamente, o novo *Codex* trata das provas do casamento nos arts. 1543 a 1547.

³⁷ Insta ressaltar neste ponto que a jurisprudência cristalizada na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal orientou-se pela comunicação dos aqüestos no regime da separação legal de bens. No entanto, o atual Código Civil rejeitou esse entendimento. Na redação original do seu art. 1641 havia vedação expressa da comunicação dos aqüestos. Embora não tenha constado do texto final essa parte do dispositivo, a vedação mantém-se ante a não-reprodução de disposição semelhante àquela do art. 259 do código de 1916, que constituía o fundamento do enunciado da referida súmula.

No tocante à dissolução da sociedade conjugal, as disposições de natureza material, atinentes às causas, espécies e requisitos, que desde o advento da Lei do Divórcio encontravam-se por ela regulamentada, retornaram ao âmago do novo Código Civil, persistindo aquelas de cunho processual a serem regulamentadas pela lei n. 6515/76. Na separação judicial consensual, a mudança introduzida pela lei n. 10406/02 refere-se ao requisito do lapso temporal do casamento que se reduziu de dois anos para apenas um. Quanto ao rol exemplificativo enunciado no art. 1573 e seu parágrafo único da recente codificação civil, em relação à separação judicial por culpa, derivada de grave violação a deveres conjugais, embora ampliado em relação ao revogado art. 317 do Código de 1916, não trouxeram qualquer novidade, uma vez que já estariam compreendidos nas previsões genéricas de conduta desonrosa e grave violação dos deveres conjugais a teor do art. 5º da Lei do Divórcio. No tocante à separação judicial sem culpa, na atual legislação civil de 2002, permanecem as duas causas objetivas que a fundamentam, doença mental grave, de cura improvável, manifestada após o casamento e que perdure por mais de dois anos (não mais por cinco anos, conforme estabelecia a lei n. 6515/77); e a ruptura da vida em comum por mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. Note-se que não mais se prevê, no novo ordenamento, a “cláusula da dureza” prevista no art. 6º da Lei do Divórcio. Com isso, a presença de quaisquer das causas objetivas é suficiente para a decretação da separação judicial. Outra modificação introduzida refere-se ao efeito patrimonial da separação sem culpa prevista no art. 5º § 3º da lei n. 6515/77, que pela legislação civil atual restringe-se ao caso de separação requerida por motivo de doença mental (art. 1572 § 3º). Relativamente ao divórcio, o atual Código Civil manteve as mesmas formas previstas na lei n. 6515/77, afastando a exigência (em seu art. 1581) de prévia partilha de bens para conversão da separação judicial em divórcio, que outrora fora motivo de celeuma jurisprudencial, parcialmente pacificada pelo entendimento adotado na Súmula 197 do STJ³⁸.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Súmula nº. 197. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha

No que diz respeito ao nome da mulher, o novo Codex alterou o panorama ditado pela Lei do Divórcio, ampliando o direito de manutenção do nome adotado pelo cônjuge no casamento e que passa a identificá-lo no meio social, passando a fazer parte de seu direito de personalidade.

Outro avanço do Código Civil atual consiste no ponto relativo à proteção da pessoa dos filhos. Ao estabelecer em seu art. 1584 que a guarda dos filhos será atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la”, nota-se a preocupação do legislador não mais atrelada ao critério da culpa na separação, mas à condição pessoal do guardião, ou seja, na capacidade material e moral para assistência e educação da prole, o que não implica, obviamente, na prevalência do aspecto puramente econômico entre os pais, já que a legislação prevê a entrega dos filhos a terceiros, observado o grau de parentesco, afinidade e afetividade.

Quanto ao regime de bens, o novo Código Civil introduziu substanciais mudanças, como a extinção do regime dotal, o estabelecimento do regime de participação final nos aquestos e previsão de alteração do regime de bens no curso do casamento³⁹. No entanto, em relação ao regime de separação de bens de natureza obrigatória devido a idade do nubente, em que pese ter o novo código igualado a idade entre os sexos em 60 anos, lamentavelmente o legislador manteve a orientação restritiva à liberdade de escolha do regime de bens para pessoas plenamente capazes para todos os demais atos da vida civil.

dos bens. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 53614, 22 out. 1997.

³⁹ Neste ponto cumpre ressaltar, em que pese entendimento no sentido da imutabilidade do regime de bens em relação a casamentos realizados sob a égide do Código Civil de 1916, resultante da interpretação literal do art. 2039 do novo Codex, importante destacar ser razoável não considerar este dispositivo legal como óbice à aplicação de norma geral constante do art. 1.639 § 2º do Código Civil/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do código revogado, não havendo que se falar em retroatividade deste último artigo, mas nos termos do art. 2.035 da Lei nº 10406/02, em aplicação de norma com efeitos imediatos. Ver Resp 730546 DJ 03.10.05, p. 279, Min Jorge Scartezzini.

1.1.3.2 União Estável

Ainda hoje, por razões históricas perfeitamente identificáveis nota-se, entre os operadores do Direito, quer na doutrina ou na jurisprudência, certa falta de preocupação no emprego preciso das nomenclaturas união estável, sociedade de fato e concubinato, o que impõe a diferenciação conceitual entre elas.

A primeira distinção que se deve mencionar refere-se à união estável e ao concubinato.

No período da Roma antiga, o concubinato (*concubinatus*, de *cum cubere*, deitar-se com) era uma forma de união de ato, em geral duradoura, mas sem intenção de formar família. O concubinato era considerado uma forma inferior de relacionamento, uma vez que desprovidas a *affectio maritalis* e a *honor marimonii*.

Pelo enfoque doutrinário, tradicionalmente predominou o entendimento de que concubinato, sentido amplo, constitui-se em gênero que abrange duas espécies: o “puro” (ocorrendo entre pessoas desimpedidas, que formam uma família de fato⁴⁰) e o “impuro” (entre pessoas que possuem algum impedimento matrimonial).

Quando o art. 1.727, do atual Código Civil define concubinato como a relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar, objetiva distinguir com nitidez o conceito, introduzindo uma noção legal entre ambos os institutos, de forma a impedir o uso indiscriminado de ambas as nomenclaturas, como vem sendo feita no cotidiano forense e jurisprudencial.

⁴⁰ Em sua clássica obra sobre concubinato, Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, 1986, p. 66) sustenta que o concubinato em sua forma pura, ao se apresentar como “união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher” constitui a “família de fato”, conceito que introduziu no ordenamento jurídico pátrio em vigor e consagrado pela Constituição Federal de 1988, sob a denominação de união estável.

A conceituação contida nesse dispositivo não está completa. Ocorre que, segundo dispõe o § 1º do art. 1723 do novo Código Civil, é possível constituir união estável mesmo sendo casado um ou ambos os companheiros, desde que esteja(m) separado(s) de fato ou judicialmente. Logo, *a contrario sensu*, para a ocorrência de concubinato é necessário que o impedimento matrimonial seja uma realidade fática paralela à união, ou seja, que o parceiro esteja na constância fática da sociedade conjugal. Portanto, para o atual *Codex*, concubinato é apenas aquele que, doutrinariamente, se conhece como concubinato impuro (adulterino ou incestuoso).

Importante ressaltar, considerando-se o posicionamento dominante na doutrina de que a circunstância do diploma civil define o concubinato, não significaria seu reconhecimento como entidade familiar e, no dizer de SANTOS (2005)⁴¹, “o que seria inconstitucional, na medida em que tal só é admitida a união estável (art. 226 § 3º CF), ao lado do casamento e da família monoparental”, tem-se que, pelo princípio da pluralidade de entidades familiares agasalhada pela atual Carta Magna, não se pode eximir seu caráter familiar, haja vista que a definição de família não se perfaz com conceito fechado, estanque. Nessa ordem, não há como negar eficácia jurídica às relações das famílias simultâneas, desde que se verifique o atendimento por seus componentes dos deveres éticos da boa-fé. O direito não pode se colocar alheio às pretensões de felicidade coexistencial dessas pessoas⁴².

Retomando, outra distinção que se impõe estabelecer é entre a união estável e a sociedade de fato.

Com efeito, a confusão explica-se pelo fato de que a união estável foi gerada na sociedade de fato. No entanto, a partir do momento em que a

⁴¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. In: DELGADO, Mário Luiz et al. (Coord.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2005. p. 233. (Série Grandes temas de Direito Privado).

⁴² Sobre o tema: RUZYK, op. cit.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 § 3º incorporou o conceito de união estável, conferindo-lhe o *status* de entidade familiar, não há como aceitar o uso indistinto dos termos.

A sociedade de fato é conceito proveniente do Direito Obrigacional (arts. 1.363 e seguintes do Código Civil/1916 e 983 e seguintes da atual legislação), utilizado pela jurisprudência para o tratamento das uniões fáticas ao tempo em que não havia fundamento jurídico para se afirmar que constituíam família.

Por outro lado, a união estável é entidade familiar, um conceito de Direito de Família, o que implica em critério de valor, que atrai consequências jurídicas, quer em relação ao patrimônio, a alimentos e outros aspectos.

Uma vez estabelecidas algumas distinções conceituais, cumpre, ainda, enfocar alguns pontos importantes, nesta forma de entidade familiar, como sua situação antes do advento do atual Código Civil.

Sem ser considerada entidade familiar, pelo anterior Código Civil revogado, a união estável teve seu reconhecimento com o advento da Constituição Federal de 1988, dando ensejo à sua regulamentação via leis especiais. Note-se, porém, que a evolução jurisprudencial, com início na Súmula 380 do STF, constituiu-se em um dos fatores determinantes do reconhecimento jurídico da natureza familiar das uniões estáveis.

Na regulamentação das uniões estáveis duas leis se destacam: a lei n. 8971/94, oriunda do projeto de lei n. 37/92, proposto pelo senador Nelson Carneiro; e a lei n. 9278/96, proveniente do projeto de lei n. 1888/91, proposto pela Deputada Beth Azize, que regulamentou o § 3º do art. 226 Constituição Federal.

A lei n. 8971/94 delimita a situação dos companheiros à situação de convivência entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos ou com prole dessa união. Regula, em seus

dispositivos, os alimentos condicionados à necessidade do requerente e à inexistência de outra união, direito à herança, à falta de descendentes ou ascendentes e ao usufruto, a meação do companheiro sobre os bens deixados pelo autor da herança, se resultantes de atividades em mútua colaboração.

Desde a entrada em vigência, a lei n. 8971/94 sofreu crítica, chegando a ser argüida sua inconstitucionalidade sob alguns argumentos como de que teria conferido ao companheiro supérstite, maiores direitos que ao cônjuge sobrevivente e por estimular a continuidade da união estável, quando deveria somente facilitar sua conversão em casamento. Bem verdade que esta lei demonstre falha pela omissão, quanto à conversão da união estável em casamento. No entanto, atende ao mandamento superior de proteção àquela forma de entidade familiar, não protegendo mero amasiamento passageiro. Por outro lado, insta ressaltar que foi o próprio Estado que propiciou o enfraquecimento do matrimônio quando criou o Decreto n. 181 de 1890, que secularizou o casamento, pondo fim a tradição do casamento religioso e o de fato. Ora, o povo impedido de divorciar-se, pois só era permitido desquitarse e vedado novo casamento, passou a viver em concubinato puro para poder continuar vivendo em família. Quando surgiu a Lei do Divórcio, em 1977, a situação já estava formada. O surgimento de uma lei que estabelecesse que a convivência marital durante certo lapso temporal convolar-se-ia automaticamente em casamento, ao sentir, sim, seria inconstitucional. A lei não deve estimular ou prestigiar quaisquer formas de constituição de família, pois semelhante situação deve nascer de modo espontâneo na sociedade, com a interferência mínima estatal.

Houve, ainda, argüição de inconstitucionalidade da mencionada lei sob o argumento de cerceamento da liberdade individual dos que optam pela vida a dois, sem as formalidades do casamento. Decorre que a restrição não advém da lei, mas da própria norma constitucional, que determina a proteção da “união estável” como efetiva entidade familiar. Em decorrência, se uma lei dispõe em conformidade com preceito maior, não há que se falar em inconstitucionalidade.

Não há como negar que a lei n. 8971/94 apresenta seu caráter inovador ao conceder aos companheiros, direitos que o ordenamento civil, à época, restringia aos casados e não eram reconhecidos pela jurisprudência dominante, como os alimentos e a participação na herança. Entretanto, revelou-se conservadora em outros aspectos, como exigência expressa de prazo de cinco anos de convivência, salvo havendo prole, ou ao prever meação dos bens havidos pelo esforço comum somente após a morte do companheiro, quando a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal já assegurava igual direito pela dissolução da sociedade de fato, mesmo em vida dos parceiros.

A lei em comento, igualmente, padece de certa atecnia legislativa. Ao conceituar união estável, em seu art. 1º, faz inserir a previsão do direito de alimentos, que é referido, por via reflexa, na menção de que o companheiro “poderá valer-se do disposto na lei n. 5478/68”. O mais adequado, ao sentir, seria tão-somente deixar explícito o direito de assistência alimentar, já que nem sempre se mostrava aplicável à espécie, uma vez que exigia a prova pré-constituída da união estável, o que, na grande maioria dos casos, dependia de ação ordinária para o reconhecimento da situação de convivência *more uxório*.

Nota-se, ainda, naquele dispositivo legal, que o texto continha uma exacerbada preocupação em definir o gênero do companheiro, se masculino ou feminino. Em sendo assim, numa interpretação literal do seu art. 3º, tem-se que a lei só teria aplicação ao parceiro masculino. E, ainda, tomando-se o vocábulo precedente no mesmo gênero (“o companheiro”) poder-se-ia chegar à conclusão da admissão do direito de meação à união homoafetiva.

A lei n. 9278/96, que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, reconheceu e regulou a união estável ou concubinária como entidade familiar, estabelecendo em seu art. 1º os requisitos para sua tipificação. Composta de 11 artigos, sendo três vetados (dispunham sobre contrato de vida em comum, distrato e o registro nos cartórios de registro civil e do registro de imóveis), a lei n. 9278/96 enumerou igualmente os deveres e direitos dos conviventes, devendo-se destacar o não estabelecimento da coabitação ou vida

em comum no mesmo domicílio em seu elenco de deveres. Essa inexigibilidade derivou de uma tendência jurisprudencial que se formou a partir da edição da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal⁴³.

O art. 5º cuidava da meação sobre os bens adquiridos na constância da convivência, a título oneroso. Verifica-se que o texto considerou-os como fruto do trabalho e da colaboração comum, à exceção de estipulação em contrário, em contrato escrito ou se a aquisição dos bens se desse com produto de bens anteriores ao início da união. Aspecto relevante à presunção da colaboração dos companheiros na aquisição de bens durante a vida em comum, a título oneroso. Além dos casos previstos nas exceções, a presunção de colaboração torna-se absoluta, dispensando a produção de prova do esforço comum na formação do patrimônio, não admitindo prova em contrário.

A previsão de alimentos quando da dissolução da união estável vinha regulada pelo art. 7º, em que não se analisava a “culpa” do companheiro, embora sua ocorrência afastasse o direito à prestação alimentícia, pela quebra básica da convivência e pela similitude com a hipótese de separação judicial litigiosa, devendo-se ressaltar a alteração trazida pelo atual Código Civil, nos arts. 1694 e 1704 § único, que determina obrigação alimentar mesmo em favor do culpado, no valor indispensável à sua subsistência.

O parágrafo único do art. 7º previa o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, constituindo-se em acréscimo aos direitos sucessórios concedidos pela lei n. 8.971/94.

A conversão da união estável em casamento foi tratada no art. 8º, no entanto, sem que houvesse a explicitação do seu conteúdo e, a rigor, não

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº. 382**. A vida em comum sob o mesmo teto “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato. **Diário da Justiça**, Brasília, 8 maio 1964, p. 1237.

estabelecesse nenhuma forma de facilitação, providência que deveria constar da lei, segundo a norma constitucional.

Pelo art.9º, a lei estabelecia a competência das varas de família para toda a matéria relativa à união estável.

A proposta original que inspirou o projeto de lei n. 9278/96 tinha a finalidade de regulamentar integralmente a matéria da união estável, com conseqüente revogação da lei n. 8971/94. Entretanto, a revogação expressa da lei anterior não ocorreu, havendo revogações tácitas das normas antigas quando conflitantes com a lei posterior (lei n. 9278/96), fazendo remanescer aspectos tratados com exclusividade no diploma anterior, como seu art. 2º, no tocante ao direito de herança do companheiro sobrevivente e de usufruto. A lei n. 9278/96, nessa matéria, limitou-se no plano sucessório ao reconhecimento de mais um direito aos companheiros, o de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família. Quanto à matéria relativa aos alimentos, à conceituação da união estável e à meação, a lei n. 8971/94 foi revogada.

As considerações acerca da derrogação da lei n. 8971/94 pela lei n. 9278/96 têm seu valor como referencial histórico, uma vez que restam revogadas com a entrada em vigência do novo Código Civil, que incluiu a matéria por elas reguladas em seu Título III do Livro IV, arts. 1723 a 1727 e disposições esparsas em outros capítulos, com referência a obrigação alimentar (art. 1694) e do direito sucessório do companheiro (art. 1790).

Em breve panorama sobre a união estável no novo Código Civil tem-se que a conceituação da união estável, dada pelo art. 1º da lei n. 9278/96, permaneceu inalterado pelo novo Codex em seu conteúdo.

Reza o art. 1723 do novo ordenamento:

(...) é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O dispositivo não faz menção a lapso temporal mínimo de convivência, abolindo-se, assim, o lustro exigido para sua tipificação, como união estável. Tem-se, ainda, que a permanência da expressão “entre homem e a mulher”, na atual codificação civil, apresenta-se como um reforço ao posicionamento daqueles que, em apego à interpretação literal, negam reconhecimento às uniões homoafetivas como entidade familiar. Prosseguindo, o § 1º do mesmo dispositivo legal estabelece impedimento matrimonial entre parceiros ao mandar aplicar o art. 1521 daquele diploma legal. Em sua segunda parte resolve tormentosa questão relativa ao estado civil dos companheiros, na qual exclui a incidência do art. 1521 inc.VI do Código Civil.

No âmbito das relações pessoais entre os companheiros, dispõe o art. 1724 do atual Código Civil sobre os deveres de lealdade, respeito e assistência, guarda, sustento e educação da prole. Em se comparando aos direitos e deveres dos casados, exsurge que para os companheiros aplica-se o dever de lealdade, de maneira símile ao dever de fidelidade dos cônjuges e que não há dever de coabitação para os companheiros, o que se exige para os casados.

Quanto ao aspecto patrimonial, praticamente iguala-se a união estável ao casamento por se sujeitar ao regime de comunhão parcial de bens (art. 1725). Aqui, a situação é similar ao disposto no art. 5º da lei n. 9278/96, embora se fale em condomínio e não se apliquem outras regras referentes à comunhão parcial de bens.

Em relação aos alimentos, o art. 1724 do Código Civil repete o preceito do art. 2º da lei n. 9278/96. A inovação da lei n. 10406/02 perfaz-se no parágrafo único daquele dispositivo legal que faz a previsão de alimentos em caso de evidenciada a culpa da dissolução, em decorrência do princípio do mínimo para sobrevivência, estatuído no art. 1.694 § 2º.

No plano sucessório, o atual Código Civil trata do direito do companheiro sobrevivente no art. 1790, objeto de análise detalhada na parte concernente à sucessão, desta dissertação.

1.1.3.3 Concubinato

Em disposição final do título sobre união estável, o atual Código Civil trata do concubinato, em seu art. 1727, definindo-o como relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar.

Note-se que o concubinato considerado “puro” à égide do código revogado consiste no atual código, como família informal, que a qualquer momento pode ser transformável em família formal a teor de seu art. 1726. O outro tipo, denominado “impuro”, de nomenclatura hoje apenas como concubinato, consiste em união fática, de igual natureza que o primeiro, com a diferença da inconversibilidade em casamento.

No entanto, na nova sistemática do código, o concubinato ainda continua não sendo cogitado como Direito de Família, sendo matéria afeta a outros campos do Direito, nos quais se consideram primordialmente os valores econômicos das relações.

Continua o legislador a fingir ignorar os direitos e interesses próprios das relações intersubjetivas envolvidas emocionalmente com seus valores éticos, imbuídas de sentimentos familiares que devem ser respeitados e garantidos em sua dignidade comportamental, dado o princípio basilar da Constituição Federal.

Nesse sentido, impõe-se observar que a tendência majoritária para o reconhecimento das diversas formas de família, hoje, funda-se sobremaneira no laço de afetividade sendo, de certa forma, relegado a segundo plano, o consangüíneo, fato lamentavelmente esquecido pelo legislador pátrio na elaboração do novo *Codex*, mas de importância ímpar para o reconhecimento de qualquer núcleo familiar, como se passará a examinar a seguir.

1.2 A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR AO RECONHECIMENTO DE FAMÍLIA

A noção de afeto é elemento essencial nas relações interpessoais que formam o conceito de família.

Enquanto restrito às relações particulares, o afeto somente interessa aos diretamente envolvidos. A partir do momento em que o afeto extrapola os limites do individual e insere-se no meio social, migrando para a esfera jurídica, revela-se elemento responsável na viabilização do reconhecimento dos diversos tipos de entidades familiares.

Embora se trate de um sentimento sem valor aferível, dada sua abstratividade, e de conceito impreciso, o afeto ocupa lugar de destaque na formação do conceito da família contemporânea, que se revela o local adequado para o desenvolvimento pessoal de seus membros, cujo sentido bem destaca DIAS (1997)⁴⁴ “(...) amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.

Conseqüentemente, impõe-se aos operadores do direito, quando da análise do instituto da família, agregar outros elementos aos já relacionados pela doutrina clássica, visando a manter-se permanentemente atualizados com a realidade que o cerca, já que a formalidade do vínculo jurídico, em alguns casos, é insuficiente para detectá-la.

Como acentua BRAUNER (2004)⁴⁵:

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 15, p. 301, 1997. Caderno 3.

⁴⁵ BRAUNER, Maria Cláudia. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 260.

A noção de afeto pode parecer vaga e imprecisa, mas suas manifestações podem revestir diversas realidades envolvendo cônjuges, companheiros, amantes, pais e filhos e, essas relações envolvendo ainda, outros indivíduos. Mesmo sendo difícil penetrar na esfera subjetiva do ser, é possível que o direito venha a demonstrar sensibilidade às questões afetivas, suas irrupções, seus excessos, buscando reparar situações, proteger aqueles que foram maltratados em suas relações de afeto. Os sentimentos podem, então, ser apropriados pelo Direito? (...) O reconhecimento do afeto nas relações familiares, a construção da igualdade entre homem e mulher e a aceitação do pluralismo na forma de constituição das relações de família vêm representar grandes desafios, frente à tradição conservadora em negar-se novas realidades. Em várias legislações, tudo parece apontar para uma consagração do afeto, uma irresistível ascensão deste sentimento na esfera jurídica.

Destacam-se dois momentos ou formas de apreensão jurídica desse fenômeno. O primeiro quando o afeto era presumido nas relações de família, não suscitando muita discussão a respeito, já que sua relevância jurídica consistia em ser considerado existente; e o segundo momento se verifica quando nas relações de família torna-se essencial para distingui-las dos demais modos de relacionamentos, assumindo relevância no campo do Direito de Família. Os atuais contornos jurídicos de família demandam uma interpretação de suas normas de maneira realista, tendo como parâmetros os princípios gerais que refletem a atual situação do instituto. Consoante afirma CARBONERA (1998)⁴⁶:

A aplicação dos preceitos constitucionais deveria ser feita com habilidade e, sobretudo, com a ousadia necessária a todos os que operam o direito de forma não dissociada da realidade. Isso somente pode ser feito se o operador do direito se mantiver atento às transformações sociais e seus efeitos na esfera jurídica, o que se consegue com a permanente reflexão do Direito.

Os conceitos não podem ser cristalizados. Do mesmo modo, fórmulas prontas para a solução de litígios de família não são mais

⁴⁶ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) et al. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 275.

compatíveis com um modelo claramente preocupado com os sujeitos. É preciso repensar!

Assim, para se perceber a extensão do afeto, nas relações jurídicas de família, impõe-se breve estudo, que não se propõe ser exaustivo, do modelo codificado de família, do modo constitucionalizado, das relações do afeto para a formação e dissolução do relacionamento do casal.

1.2.1 O Afeto e o Modelo Tradicional de Família

A abordagem inicia-se com o Código Civil de 1916 e seu modelo codificado, elaborado num momento histórico de transição do século XIX para o século XX, em que os detentores do poder são oriundos de famílias de latifundiários (proprietários de escravos, fazendeiros e senhores de engenho). Numa sociedade basicamente rural, na qual a família desempenhava a função de unidade de produção, a quantidade de elementos que a compunha traduzia-se em força de trabalho, oferecendo maiores condições de sobrevivência do grupo. A família revelava-se extensa, caracterizada pela autoridade e poder do pai e marido, que transcendia os limites do núcleo familiar erigido nos laços consangüíneos. Consequentemente, mulher e filhos ocupavam posições secundária e inferior na comunidade familiar. A divisão de papéis ocorria em função do sexo e da idade.

Revelava-se uma família transpessoal, preocupada com sua continuidade, desprezando os interesses de seus membros. A vontade da família, do grupo traduzia-se na própria vontade paterna, devendo-se ressaltar que ao mencionar família, nesse contexto, deve-se lembrar a família legítima, aquela constituída pelo matrimônio.

A matrimonialização na estrutura familiar implicava na garantia da legitimidade dos filhos, na atuação da presunção *pater is est* e na proibição do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

Insta, ainda, ressaltar que no modelo codificado original, a indissolubilidade do vínculo matrimonial era regra, sendo que em caso de desquite somente se dissolvia a comunhão de vida, perdurando o vínculo jurídico, fato que reforça a manutenção da entidade familiar matrimonializada em detrimento das vontades de seus membros, demonstrando a preponderância do jurídico sobre a realidade fática.

Outra característica a destacar no modelo familiar daquela época é seu aspecto patrimonial.

A proteção do patrimônio na esfera familiar no Código Civil anterior revelava-se nas formas de regime de bens ou na necessidade de outorga para alienação de bens de raiz dos casados, fato que, nitidamente, demonstrava a primazia da manutenção patrimonial sobre o *status* de pessoa capaz.

Nos termos do art. 233 da codificação revogada, o marido era o chefe da sociedade conjugal. Só ele representava a família, administrava os bens, até mesmo os bens particulares da mulher, dependendo do regime matrimonial adotado, além de deter o direito de fixar o domicílio da família e a faculdade de autorizar a mulher a praticar uma série de atos da vida civil. Era o poder marital que, embora não expresso na lei de 1916, fez-se presente até o advento da lei n. 4121/62 (Estatuto da Mulher Casada).

O poder de sujeição, atribuído ao marido sobre a mulher, traduzia-se na conseqüente inferioridade feminina na comunidade familiar, implicando em perda de sua capacidade jurídica, ou seja, até o casamento, a mulher era plenamente capaz e inserida no mercado de trabalho, sendo que, ao contrair núpcias, sob o pretexto da unidade formal da entidade familiar, retirava-se-lhe tal atributo, passando à incapacidade jurídica. Esta situação perdurou até o advento da lei n. 4121/62, quando a mulher casada assume a posição de **colaboradora**, na direção conjugal.

Nota-se, ainda, que o poder paterno também atuava em relação aos filhos. Uma vez integrantes de uma família patriarcal, suas vidas eram dirigidas em função da proteção dos seus interesses. Daí os casamentos arranjados e a escolha da profissão pelo pai.

Com esses aspectos, nota-se que a presença do afeto no modelo da família patriarcal era desconsiderada, uma vez que a noção de *affectio* possuía conteúdo diverso daquele que se apresenta nas famílias contemporâneas.

Com o surgimento do processo de urbanização, a família, entendida como grupo social, não permaneceu estática.

Incorporando as transformações jurídicas e sociais, diversos costumes foram substituídos. A prole reduziu-se, implicando na maior possibilidade do aumento do convívio familiar entre pais e filhos. Em consequência, originou um relacionamento pautado na preocupação de cada um de seus membros entre si, fato que permitiu a abertura de espaço para o afeto.

Note-se, entretanto, que isto não envolve a inexistência de afeto no modelo familiar anterior, somente significando que tais condições favoreceram o delineamento do afeto nas relações familiares de hoje.

Ao lado do processo urbano, aflora a industrialização no país e, com isso, o ingresso da mulher no mercado de trabalho, seu engajamento na esfera de atuação sócio-política, ocorrendo também transformações na condição social dos jovens.

O desenvolvimento das atividades fora do âmbito do lar ocasionou a descaracterização da família como unidade de produção, passando a constituir-

se, no entender de VARELA (1993)⁴⁷, “(...) um centro de **restauração** semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua”.

O somatório desses aspectos acabou por provocar profundas mudanças nos tradicionais papéis da família patriarcal, que levaria, posteriormente, à igualdade e ao aprofundamento do afeto, transformando a família em um lugar de afetividade.

Não obstante a redução quantitativa da família, outra modificação ampliou a fenda ocasionada pela quebra nos padrões tradicionais da família patriarcal. Trata-se do reconhecimento do concubinato puro, até então ignorado pelo Código Civil, que passa a ter proteção legal indireta, pelo art. 57 § 2º da lei n. 6015/73, como na esfera previdenciária. Como bem destacado por CARBONERA (1998)⁴⁸:

Ademais, se a formação de famílias já se dava à margem da esfera jurídica, a preocupação com os sujeitos sobrepunha-se àquela relativa à adequação ao modelo legal. Ganhou dimensões significativas um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento. E, com ele, a noção de afeto, tomada como um elemento propulsor da relação familiar, revelador do desejo de estar junto à outra pessoa ou pessoas, se fez presente. Diante disso, o Direito paulatinamente curvou-se e demonstrou, através da legislação e da jurisprudência, a preocupação com este “novo elemento”, mesmo que inicialmente de forma indireta.

O reconhecimento jurídico de situações fáticas, forjadas às margens do modelo legal vigente, em que restava claramente evidenciada a vontade consciente das pessoas em reconstruir suas vidas, unidas tão-somente pelo desejo de ficarem juntas, adveio do Poder Judiciário que, embora diante da inexistência de uma regulamentação específica, não deixou de protegê-las, por meio de mecanismos à época existentes, como, por exemplo, a Súmula 380 do

⁴⁷ VARELA, Antunes. **Direito da família**. 3.ed. Lisboa: Petrony, 1993. v. 1, p. 48.

⁴⁸ CARBONERA, op. cit., p. 285-86.

STF de 3/4/64, referente aos casos de dissolução do relacionamento, cujos precedentes remontam 1947⁴⁹.

Neste ponto, ressalte-se lição de PEREIRA (1990)⁵⁰:

(...) não podemos confundir, entretanto, a não regulamentação das uniões estáveis com a não-proteção do Estado a este tipo de União, seu reconhecimento enquanto forma de família e como instituto que tem conseqüências jurídicas.

Com o acolhimento da dissolubilidade do vínculo matrimonial modificou-se a maneira de pensar sobre o fim do casamento — até então, indissolúvel — mesmo diante da decretação do desquite, que somente terminava a vida em comum, mas não com o vínculo em si, que apenas se fazia com a morte de um dos cônjuges. Assim, a manutenção do vínculo jurídico impedia a formação de nova família legal, cujos efeitos estendiam-se à filiação pelo não-reconhecimento dos efeitos legais. Tal paradigma foi alterado pela lei n. 6515/77 e, posteriormente pela lei n. 7841/89.

Com a gradativa adequação legislativa ordinária à pluralidade fática no âmbito da família, definiram-se os novos contornos da família contemporânea.

Face aos argumentos até aqui expostos, nota-se que em busca de uma realização pessoal, o sistema codificado foi, aos poucos, sendo relegado a segundo plano, destacando a felicidade pessoal como fator principal na formação dos relacionamentos. Formaram-se novas famílias, marginalizadas e excluídas do mundo jurídico, sobrepondo-se a verdade social à verdade jurídica, que, via de conseqüência, impôs transformações ao Direito.

⁴⁹ Com referência aos precedentes da referida súmula temos: RE 19561(pub. DJ 29/10/53); RE 44108 (pub. DJ 4/8/60 e RTJ 14/231); RE 26329 (pub. DJ 11/8/61); AI 24430 (pub. 15/6/61); RE 49064 (pub. DJ 18/1/62); RE 52217 (pub. DJ 12/9/63); RE 9855 (pub. DJ 28/5/48) e AI 12991 (pub. DJ 21/8/47).

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 3.ed. Belo Horizonte: Sergio Fabris, 1990. p. 56.

1.2.2 A Afetividade no Modelo Não-Codificado

A concepção jurídica contemporânea de família caracteriza-se pelo aspecto pessoal e igualitário, contrapondo-se ao caráter desigual, formal e patrimonial revelado no meio social que se antecedeu.

Nota-se franca valorização pessoal dos indivíduos que compõem a família, e seus anseios de felicidade induzem à valoração da afetividade em seu meio.

Considerando os desejos de satisfação e realização afetiva, a Constituição Federal de 1988 ampliou sua proteção a todas as entidades familiares, quer em relação às explicitamente nomeadas em seu art. 226, quer aos demais núcleos familiares oriundos da elasticidade conceitual, verificada em cada realidade fática que se baseia na aferição da afetividade como fator propulsor do relacionamento, aí se podendo incluir a relação homoafetiva, conforme poder-se-á verificar mais adiante, em tópico próprio.

Como se verifica, a família do Código Civil caracterizava-se pela divisão sexual do trabalho e pelo “primado da hierarquia masculina”⁵¹.

A incidência das transformações nas questões da sexualidade, advindas dos revolucionários anos 60, iniciadas com a apologia do “sexo livre”, determinou uma mudança de valores na família, erigindo uma nova concepção de vida.

O Golpe Militar de 1964 constituiu-se em outro fator importante que influenciou a mudança dos padrões familiares no âmbito pátrio, pois gerou, no meio jovem, uma reação de ruptura a todos os tabus impostos às gerações passadas. À época, questionavam-se não só os padrões de sexualidade, mas

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. A desigualdade de direitos entre o homem e a mulher face à nova Constituição. **Ajuris**, Porto Alegre, ano 21, n. 61, p. 34, jul. 1994.

também toda forma de repressão militar, social ou da família. Tornou-se o objetivo maior daquela juventude a obtenção da felicidade individual. Conseqüentemente, o sexo deixou de ser visto somente como meio de reprodução, mas adquiriu a conotação de “busca do prazer”⁵², desvinculando-se, assim, do matrimônio.

Diante desse panorama, não há como se negar a efetiva introdução da concepção da afetividade como liame caracterizador da família.

Entretanto, não foram somente as transformações na esfera da sexualidade que influenciaram a mudança no conceito de família.

Nos anos 60, sob a influência do movimento contestatório, desenvolveu-se, ainda, o movimento feminista que lutou por igualdade de condições econômicas no trabalho, objetivando conseguir ainda maior espaço de realização pessoal.

Em relação aos filhos também se verificaram mudanças. Não mais se impunha o autoritarismo paterno, mas desenvolveu-se a idéia do bem-estar da criança, enfocando-se o desenvolvimento de sua personalidade.

Notou-se, conseqüentemente, o fim dos rígidos padrões de divisão de papéis entre o homem e a mulher no seio familiar. Surgiu, assim, o sentido de cooperação entre ambos nas diversas atividades do lar para obtenção do bem-estar da família.

Nesse contexto, no campo do Direito, observam-se de modo geral transformações, ainda que de caráter conservador face aos avanços no sentido da igualdade nas relações de família. Como bem ressalta HIRONAKA (1999)⁵³:

⁵² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 92.

⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, p. 13, abr.-jun. 1999.

Estes, digamos surtos de transformações ocorreram, de modo significativamente contundente, na estrutura sociojurídica do Direito de Família, de sorte que estes direitos passaram a ser tidos e entendidos como direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos.

Nova concepção de família surgiu para o contexto pátrio, com a Constituição Federal de 1988, impregnando o ordenamento jurídico. A família tornou-se centrada na afetividade que dispensa o vínculo material do matrimônio, como base formadora.

Com a mudança de foco da formalidade para a valorização do afeto nas relações interpessoais, gerou-se uma reestruturação do próprio conceito de família, no sentido da apreciação jurídica das famílias extramatrimoniais. O enfoque volta-se para família como centro de bem-estar e sociabilização de seus membros. Nas palavras de SHORTER (1975)⁵⁴;

A família nuclear moderna nasceu no abrigo da domesticidade. Deste modo se infundiu sentimento numa série de relações familiares. O afeto e a inclinação, o amor e a compreensão passaram a tomar o lugar de considerações “instrumentais” na regulação da conduta dos membros da família uns para os outros.

A família contemporânea passou a ser considerada como comunidade de afeto, em que vislumbra a característica da ajuda mútua de seus componentes para obtenção de seu bem-estar e felicidade. É a família eudemonista, na qual as aptidões naturais são potencializadas e adquirem respaldo pelo afeto. Assim, acentuam-se as funções afetivas da família, o que no entender de Antunes VARELA (1993) é um modelo “existencialista, de base igualitária e funções diferenciadas”⁵⁵.

⁵⁴ SHORTER, Edward. **A formação da família moderna**. Lisboa: Terra e Mar, 1975. p. 11.

⁵⁵ VARELA, op. cit., p. 54.

O afeto é o elemento fundamental e caracterizador para o reconhecimento da multiplicidade de famílias amparadas pela Constituição vigente, cuja tutela fora ampliada pela liberdade de escolha e igualdade entre os sujeitos. Isto significa que, ao lado das famílias tradicionalmente formadas nos moldes patriarcais, convive-se, hoje, com outras formas familiares fundadas no afeto como, por exemplo, as pós-nucleares, na qual a mulher deixa o espaço privado do lar, tornando-se uma profissional ocupada, com pouco tempo disponível para acompanhar o desenvolvimento educacional de seu único filho, cuja paternidade biológica pode ser oriunda de inseminação artificial, mas que pode ser atribuída de forma sócio-afetiva ao novo companheiro da mãe, que o trata e considera seu filho e que, por sua vez, divide sua atenção e afeto com seu filho biológico, havido de casamento anterior, extinto via divórcio. O liame que os une é o desejo de ficarem juntos, formando uma comunhão de vida e fazendo do afeto seu elemento central, como também se verifica nas famílias formadas pelos avós e seus netos, ou irmãos que vivem sob mesmo teto, amigas que residem juntas e outros tantos exemplos de famílias, aí incluídas as homoafetivas.

A afetividade induz à valoração da pessoa na família, em oposição ao que se verificava sob a égide do anterior Código Civil (transpessoal), tendo sua proteção sido elevada à categoria de *status* constitucional pelo princípio da dignidade da pessoa, consagrado pelo artigo 1º, III da Constituição Federal, conforme bem destacado no entender de TEPEDINO (1999)⁵⁶:

Alcançada pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo artigo 226 do mesmo Texto Maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular, aquelas que disciplinam o Direito de Família, regulando a relações mais íntimas e intensas do indivíduo social.

⁵⁶ TEPEDINO, op. cit., 1999, p. 326.

Como se verifica, a repersonalização das relações familiares constituiu-se numa das conseqüências para o surgimento da nova concepção de família, espelhando a idéia básica da família direcionada à realização pessoal de seus componentes. Nesse compasso, o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares é uma realidade e sua proteção no ordenamento constitucional faz-se presente, podendo-se verificar que a relação homoafetiva, embora não expressamente mencionada, é merecedora de proteção constitucional.

A constitucionalização do Direito Civil impõe uma releitura da legislação civil, que se mostra ainda em defasagem frente às mudanças sociais. A partir desta revisão, segundo os valores norteadores da Carta Magna, poder-se-á chegar ao reconhecimento da entidade homoafetiva como família.

PARTE 2.

***A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS PRINCIPAIS
VALORES PARA O RECONHECIMENTO DAS
RELAÇÕES HOMOAFETIVAS***

PARTE 2.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SEUS PRINCIPAIS VALORES PARA O RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

2.1 CONSTITUIÇÃO E ORDEM DE VALORES

As Constituições modernas, editadas sob inspiração das idéias do Iluminismo acabaram, de certa forma, por positivizar os grandes valores do direito natural. Em decorrência, as discussões sobre a relação entre os valores e o Direito, em maioria, migraram da esfera da ontologia jurídica para o campo teórico da hermenêutica constitucional. Assim, é nessa seara que o debate contemporâneo sobre o papel dos valores na metodologia constitucional se desenvolve, sobretudo, nos maiores pólos da teoria constitucional, a saber, Estados Unidos e Alemanha.

Nos Estados Unidos, a discussão cingiu-se aos limites da *judicial review*⁵⁷ e à legitimidade democrática do seu exercício pelo Poder Judiciário.

No cenário alemão, a discussão sobre a relação entre constituição e valores sofreu profunda influência do nacional-socialismo, gerando a possibilidade do desenvolvimento da teoria das normas constitucionais inconstitucionais, que violariam valores superiores e transcendentais ao ordenamento jurídico, conforme tese defendida por BACHOFF (1977)⁵⁸. Entretanto, é a teoria antiformalista da Constituição de Rudolf Smend que forjou a idéia da Constituição como o ordenamento jurídico que reconhece o mais alto fim do Direito na proteção de valores, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

⁵⁷ Para uma visão maior sobre o assunto ver MURPHY, Walter Família; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. **American Constitutional interpretation**. 2nd ed. Websbury: The Foudation Press, 1995 e WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Tradución María Garcia Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

⁵⁸ BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

Embora a idéia de Constituição, como ordem de valores tenha surgido inicialmente na jurisprudência constitucional alemã, ao final do período nacional-socialista, reportou-se a valores que possuem uma importância cultural, já que integrados à consciência ético-jurídica de uma comunidade, num determinado momento histórico.

Na verdade, a concepção da constituição como ordem de valores é objeto de intensa crítica.

Na doutrina brasileira, CITTADINO (2001)⁵⁹, por exemplo, critica a teoria sob o argumento de que identificar os direitos fundamentais como valores comunitários, implica em excessiva confiança nas tradições culturais.

No Brasil, o predomínio do positivismo não propiciou o debate da relação entre a Constituição e os valores morais, quer na doutrina ou na jurisprudência. Em decisão proferida na ADIN 595 - ES, o Ministro Celso de Mello, discutindo sobre a extensão do parâmetro para controle de inconstitucionalidade dos atos normativos, ventilou a questão do próprio conceito de Constituição:

(...) cabe ter presente que a construção do significado de constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado⁶⁰.

Note-se que, se por um lado, compreender a Constituição apenas como uma ordem de valores, abstraindo sua função deontológica, parece incorreto, por

⁵⁹ CITTADINO, Gisele. Princípios constitucionais, direitos fundamentais e história. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 101-8.

⁶⁰ Decisão proferida em 8/2/2002, publicada no DJU em 26/2/2002, Informativo STJ 258 de 25/2/2002 a 1/3/2002.

outro, é certo que a Constituição, entendida como norma superior de uma comunidade política, juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, constituições como a brasileira, espanhola, alemã e portuguesa, que representam o marco do fim de Estados autoritários, são marcadas pela preocupação com a promoção de valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, democracia, justiça e liberdade, os quais não podem deixar de ser observados no momento da sua interpretação e aplicação.

Neste contexto, os princípios desempenham papel primordial na abertura constitucional aos valores. O reconhecimento do papel dos princípios como meio de ligação entre o universo jurídico e o plano moral constitui-se numa das características fundamentais do paradigma pós-positivista, hoje no Direito. A adoção de uma perspectiva principialista da Constituição leva, inevitavelmente, a uma abertura na argumentação constitucional para a dimensão moral, aqui compreendida como exigência ética revestida de historicidade, que evolui com as mutações inseridas na sociedade. A perspectiva principialista, que se apóia na concepção de constituição, enquanto sistema aberto de regras e princípios, permite nos ensinamentos de CANOTILHO (1998)⁶¹:

(...) respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreve-se na referência sociológica dos princípios e valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar-se se obtém através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da Constituição.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1037.

Assim, se por um lado as constituições albergam valores que são importantes na interpretação constitucional para que se abram para conteúdos morais, por outro, determina que a aplicação da Carta Magna não seja amplamente levada à subjetividade, impondo-se promover a idéia de racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, conforme ensina SARMENTO (2004)⁶²:

A adoção da perspectiva principialista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxes interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e previsibilidade e não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não o fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados.

Em verdade, desnecessária, parece, a adesão à teoria da ordem de valores para se reconhecer os seus dois efeitos importantes: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção.

Quanto ao segundo efeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consubstanciado na teoria dos deveres estatais de proteção, entende a doutrina ser possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face ao Estado.

No direito pátrio, em que pese a doutrina e a jurisprudência não tenham assentado dogmaticamente uma construção à semelhança da teoria dos deveres de proteção, verifica-se a possibilidade de sua aplicação. Consoante a moldura axiológica delineada pela Constituição Federal de 1988, extrai-se que os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas numa postura defensiva em face do Estado, mas deve-se exigir uma atitude ativa no sentido de proteger o indivíduo de ofensas e ameaças, inclusive de terceiros.

⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 154.

Em relação ao primeiro efeito, a eficácia irradiante desempenha, concomitantemente, as funções de princípio hermenêutico e mecanismo de controle de constitucionalidade. Como princípio hermenêutico, impõe ao operador do direito a opção pela exegese que torne uma norma ambígua compatível com a Constituição. Com isso, permite, de um lado, que se mantenha a norma jurídica no ordenamento, em atenção à presunção de constitucionalidade das leis, mas, por outro, se elimine a sua potencial desarmonia com o texto constitucional. No entanto, a eficácia irradiante transcende este plano técnico. Tomando-se por base a premissa de que os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, pela eficácia irradiante, que impõe uma nova leitura do direito positivo, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como simples limites para o ordenamento. Ao contrário, configura conceito fundamental dentro do processo de constitucionalização do direito infraconstitucional. Com ressaltou CLÈVE (1995)⁶³: “(...) fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais emancipatórios adotados pela Carta Constitucional”.

No caso brasileiro, devido à riqueza axiológica da Constituição Federal de 1988 que prioriza os direitos fundamentais e que está impregnada de valores humanitários e de solidariedade, esse processo adquire uma especial importância, por impor uma revisão de toda a legislação infraconstitucional editada em contexto axiológico diverso do constitucional (mais individualista ou totalitária), a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e especialmente nos direitos fundamentais consagrados. Nesse sentido, a eficácia irradiante propicia uma “humanização” da ordem jurídica ao exigir um reexame, pelos operadores do direito, de todas as normas, sob as lentes da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social, como se pretende neste estudo.

⁶³ CLÈVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: _____. **Uma vida dedicada ao Direito**: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995. p. 34-53.

Em decorrência, cumpre analisar pelo menos dois dos principais valores constitucionais que servem de esteio para o presente estudo — a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

2.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns para com os outros com espírito de fraternidade.

Com o enunciado estabelece-se a exigência de que todos os seres humanos sejam tratados segundo uma regra de isonomia, derivada do reconhecimento da igualdade entre os homens, naquelas qualidades que lhes constituem sua essência, ou seja, naquilo que os distinguem dos demais seres, sendo exatamente esse elemento individualizador que responde pela dignidade humana, pressuposto dignidade da pessoa humana.

A atual Constituição Federal em seu art. 1º consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, incluindo a cidadania na relação de valores básicos. A cidadania, em verdade, traduz-se na projeção político-jurídica da condição de “ser pessoa”⁶⁴.

A dignidade da pessoa humana constitui-se na fonte ética dos direitos fundamentais que, por sua vez, são emanações do valor básico mencionado. Conseqüentemente, entende-se hoje que os direitos fundamentais tenham

⁶⁴ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1, p. 95.

dimensões e não mais gerações, “sendo que a relação dele com a dignidade da pessoa humana é equiparada àquela que há entre a existência e o Ser”⁶⁵.

Toda ordem jurídica, assim como os direitos fundamentais, na verdade, têm como base material o valor da pessoa humana, fazendo com que os direitos públicos subjetivos sejam reconhecidos pelo Estado, mas não conferidos.

A pessoa humana, enquanto sujeito autoconsciente, tem uma subjetividade que transcende a objetividade, razão pela qual, embora capaz de pensar em si mesmo como objeto, nunca poderá ser visto como meio, mas sempre como fim, de conformidade com o pensamento Kantiano (KANT, 1980)⁶⁶.

Com isso indaga-se: qual seria a noção jurídico-constitucional de dignidade da pessoa?

Considerando-se ser a dignidade algo real, apresenta conteúdo de contornos vagos e imprecisos, o que se traduz numa grande dificuldade para sua conceituação. Essa complexidade conceitual advém de seu caráter não específico, mas refere-se a uma qualidade tida inerente a todo ser humano, constituindo-se um valor próprio que identifica o ser humano frente aos demais seres vivos. Assim, sendo a dignidade qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável, inalienável e inseparável, razão pela qual a pessoa humana deve ser reconhecida, respeitada e protegida. Insta ressaltar nesse ponto, que a dignidade da pessoa não existe apenas onde esteja presente o Direito, ainda que este constitua seu principal meio de proteção e promoção. A dignidade independe de circunstâncias concretas, já que inerente a toda pessoa humana. Em princípio, todos são iguais em dignidade. Em outras palavras, a todos os seres humanos deve-se reconhecer a qualidade de pessoa, ainda que

⁶⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 124.

⁶⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: OS PENSADORES: Kant (II), Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

se portem de forma infame, não igualmente digna nas relações com seus semelhantes e até para consigo próprio. Ademais, outro não foi o entendimento traduzido na Declaração Universal da ONU, art. 1º descrito no início. Com essas considerações, observa-se que a noção de dignidade centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. Nessa mesma linha de entendimento CANOTILHO (2003)⁶⁷ refere que o princípio material subjacente à noção de dignidade da pessoa humana consolida-se “no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandolla), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et fíctor*)”.

Finalizada a questão da conceituação de dignidade da pessoa humana impõe-se trazer à colação a noção estabelecida por SARLET (2002)⁶⁸:

Temos a dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e constituição-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Originalmente em itálico).

Tecidas as considerações acerca da definição e conteúdo da dignidade da pessoa humana, impõe desenvolver comentários sobre seu *status* jurídico-normativo no âmbito do ordenamento constitucional pátrio.

Inspirada no constitucionalismo lusitano e hispânico, a Constituição Federal vigente não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias

⁶⁷ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 225.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

fundamentais, elevando-a a condição de princípio (e valor) fundamental, como se nota do art. 1º inc. III da Carta Magna.

Em que pese, como já mencionado, o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa não depender da sua reconhecimento pelo Direito, fica claro que o grau de reconhecimento e proteção, outorgado à dignidade da pessoa por cada ordem jurídica-constitucional, irá depender de sua efetiva promoção e realização. Por conseguinte, verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) em que se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (art. 1º inc. III Constituição Federal/88), além de conter seu enquadramento na condição de princípio e valor fundamental, serve também como norma definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais. Em outras palavras, o referido dispositivo legal não só contém uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva elevada a status constitucional formal e material, razão pela qual consiste em “valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional) (...)”⁶⁹.

Nesse compasso, a dignidade da pessoa humana, enquanto valor (e princípio normativo) fundamental, serve de diretriz material para a identificação de direitos implícitos, tanto de ordem defensiva quanto prestacional, contidos em outras partes da Constituição Federal, constituindo-se em critério basilar, o qual admite a conjugação de outros referenciais (por exemplo: o direito à vida, à saúde e até mesmo como recurso à fundamentação de decisões judiciais, entre outros casos), pelo que, neste caso, estar-se-á frente a uma norma de direito fundamental.

Com essas considerações gerais, impõe-se focar a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana em relação ao tema.

⁶⁹ SARLET, op. cit., p. 74.

2.2.1 A Proteção Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Homoafetividade

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem sua essência na idéia de que a pessoa humana é um fim em si mesma, não se admitindo que seja rejeitada em decorrência de suas características individuais. Na lição de BENDA (1996)⁷⁰:

(...) el individuo no debe ser degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal o de las relaciones sociales. Contradice la dignidad humana convertir el individuo en mero objeto de la acción del Estado. En la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio, se suele ver la decisiva vulneración del art. 1.1 GG.

Uma vez reforçado o conteúdo desse princípio jurídico, cumpre evidenciar sua abrangência no que diz respeito à orientação sexual, entendida como identidade conferida a alguém em função de seu desejo e conduta sexuais, quer seja de índole heterossexual, homossexual, ou mesmo bissexual.

Com efeito, a sexualidade constitui-se em elemento fundamental na formação da individualidade, que se traduz num dos pilares para o desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido, importante destacar o ensinamento de CORTIANO JÚNIOR (1998)⁷¹, no qual a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, evidenciando que há uma ligação indissolúvel entre ambos os valores, pois “a conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem”.

⁷⁰ BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: _____. Manual de derecho constitucional. Madrid. Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 121.

⁷¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42.

Por conseguinte, as questões relativas à orientação sexual possuem íntimas relações com a proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente com referência à homossexualidade, ante os padrões heterossexuais adotados pela maioria das sociedades contemporâneas.

O liame entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual encontra-se consubstanciado no ordenamento jurídico pelo art. 1º inc. III da Constituição Federal de 1988, que caracteriza o Estado Democrático de Direito, socialmente comprometido na abstenção de invasões ilegítimas, no campo privado e no desenvolvimento de suas liberdades.

Essa valorização da dignidade da pessoa revela-se como postulado na consciência geral da humanidade, em seu atual estágio de desenvolvimento histórico, além de configurar-se em principal dado normativo para solução dos problemas jurídicos. Em decorrência, a possibilidade de desrespeito a alguém, em função de sua orientação sexual, implica em tratamento indigno ao ser humano. O preconceito devido à orientação sexual deve ser entendido como um estigma que atinge a identidade e a individualidade da pessoa humana.

2.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

As duas grandes guerras mundiais provocaram profundas transformações sócio-econômicas no cenário mundial e abalaram o sistema jurídico idealizado pelos *pandectistas* e pelos codificadores do direito civil. A transformação do Estado liberal em Estado social resultou na maior e mais profunda ruptura com o sistema concebido pelos pensadores dos séculos XVIII e XIX.

O fim das ditaduras totalitárias, que dominaram na primeira parte do século XX e o surgimento de nova ordem econômico-social tornaram o sistema jurídico, então vigente — desenvolvido à base do direito civil clássico — defasado, já que não mais correspondia aos anseios sociais e às necessidades do homem.

O total desrespeito pela vida e liberdade humana, predominante ao tempo em que dominavam na Europa os regimes totalitários, gerou no povo uma necessidade de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e da importância do indivíduo, como ser humano. Surgem, então, as Constituições do pós-guerra contendo tutela especial ao indivíduo, à sua personalidade e à garantia de sua dignidade, como ser humano.

A valorização da pessoa e o resguardo de sua dignidade repõem o indivíduo como ponto nuclear da ordem jurídica, a que se chamou de repersonalização do direito.

O direito, como um sistema ético, centrado no ser humano e em seu principal valor, vincula-se profundamente à pessoa humana em sua dignidade e seus valores.

Como destaca SZANIAWSKI (2005)⁷² citando a lição de Heinrich Hubmann, a personalidade humana é formada por três elementos fundamentais: a dignidade (elemento que situa o ser humano no Universo); a individualidade (unidade indivisível do ser, que o identifica) e a pessoalidade (traduz-se na relação do indivíduo com a sociedade e com seus valores éticos, em que o indivíduo defende sua individualidade).

O somatório desses três elementos e o direito que emana da personalidade conduz ao reconhecimento pelo direito positivo de uma cláusula geral de proteção da personalidade, que é adotada pela Constituição Federal em vigência.

Em que pese a Constituição de 1988 não possuir em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece a tutela pelo princípio da dignidade da pessoa, que se constitui em uma cláusula geral de proteção e desenvolvimento da personalidade do indivíduo. O princípio

⁷² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

da dignidade da pessoa humana, assim, consiste no núcleo, a partir do qual emanam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo e, ainda, as pessoas naturais e jurídicas.

O art. 5º da Constituição de 1988 arrola diversos direitos especiais de personalidade, tipificando-os não só em seu caput, mas também de forma esparsa nos diversos incisos do artigo.

Entre os direitos especiais de personalidade contemplados na Constituição, o direito à vida é o mais importante. Os atributos decorrentes não só englobam a qualidade de vida, mas também direito à liberdade, direito à honra, à privacidade entre outros. No entanto, importante ressaltar que o direito à vida por si só não existe, como direito especial de personalidade, devendo sempre haver sua vinculação às outras tipificações para o alcance pleno de seu valor. A vida deve ser vivida com o mínimo de dignidade, com um mínimo de qualidade.

Importante analisar, brevemente, a categoria do direito à autodeterminação pessoal inserido no direito à vida digna.

O direito à autodeterminação pessoal pode ser definido como o poder, que todo ser humano possui, de decisão sobre aquilo que é melhor para si. Na definição de SZANIAWSKI (2005)⁷³ “É a capacidade genérica de entender, querer e vivenciar seu comportamento e de autogoverno, ao completar sua capacidade civil”.

A autodeterminação engloba todos os aspectos da vida do ser humano, seja em relação a si próprio, naquilo que pensa de si, naquilo que quer para si, seja em relação aquilo que os outros pensem dele, o entendam ou o reconheçam como pessoa.

⁷³ SZANIAWSKI, op. cit., p. 161.

O direito à autodeterminação revela-se mais complexo quando se depara com problemas envolvendo orientação sexual, como no caso do transexual, intersexual, homossexual.

O ser humano, com sua característica eminentemente social e dentro de sua vivência em sociedade, busca sua realização pessoal e material. No permanente anseio por sua evolução e formação de seu próprio tipo de personalidade, o direito de autodeterminação revela-se importante para auto-realização de sua plena felicidade. Na maior parte das vezes os portadores de anomalias sexuais⁷⁴, aí incluídos os homossexuais, são pessoas infelizes por estarem constantemente em conflito, oriundo da não aceitação de sua opção sexual por parte da sociedade e familiares, ou até mesmo pela própria pessoa a quem dirige seu desejo. A discriminação de todos provém do arraigado preconceito estabelecido pelo padrão heterossexual. Neste ponto, destaca-se o direito de autodeterminação pessoal que permite a cada um decidir o que melhor lhe satisfaz, dentro de sua própria realidade vivenciada e, assim, decidir qual maneira a se comportar perante a sociedade, que deverá respeitar a decisão (é nunca discriminar) de maneira recíproca a seu direito de autodeterminar-se.

A Constituição Federal de 1988 contém princípios fundamentais que garantem o direito de autodeterminação pessoal, como se fosse uma cláusula geral de comando, que permite adequar a sexualidade à realidade social dos portadores de anomalias sexuais, integrando-os ao seio social. Nesse ponto, importante destacar posição de SZANIAWSKI (2005)⁷⁵:

O direito de autodeterminação pessoal possui correlação bastante estreita com outro direito especial de personalidade, o direito de identidade sexual, como direito integrante do direito à identidade pessoal, que se manifesta, quase sempre, como consequência do exercício do direito à autodeterminação pessoal.

⁷⁴ O termo “anomalias sexuais” é aqui empregado no sentido clínico-médico.

⁷⁵ SZANIAWSKI, op. cit., p. 164.

Cada homem é ser único e exclusivo. Daí a necessidade de sua identificação pessoal a partir de sua aparência física, de sua voz, nome de família, reputação moral, de sua identidade genética, entre outros, pois qualquer atentado a esses interesses jurídicos constituirá ataque à identidade pessoal do indivíduo e de sua personalidade, desafiando ampla tutela pelo direito.

Na questão vertente, interessa enfocar o direito à identidade sexual, que vai além da simples identificação sexual entre masculino e feminino. Constitui-se na análise do conjunto de aspectos de sua sexualidade, como por exemplo, o sexo morfológico, genético, endócrino e psíquico.

Nem sempre o sexo constante do registro de nascimento identifica-se com a qualificação sexual do indivíduo. O problema da relação homoafetiva e da redesignação sexual do transexual envolvem, obrigatoriamente, o direito à autodeterminação pessoal e o direito à identificação sexual. Tanto um direito quanto o outro pertencem ao acervo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na qual se insere a liberdade de autodeterminação. Da mesma forma, o princípio da igualdade informa tutela específica à questão. Além da dignidade da pessoa humana e do pleno exercício da cidadania, contemplados, respectivamente nos incisos III e II do art. 1º da Constituição Federal, a matéria recebe tutela específica no inciso IV do art. 3º, no caput do art. 5º e no inciso XXX do art. 7º, do mesmo diploma legal, no qual se vislumbra o reconhecimento e proteção à autodeterminação sexual da pessoa e a identidade sexual, vedando qualquer desigualdade em razão do sexo.

No direito de autodeterminação sexual insere-se todo o aspecto referente à individualidade do ser humano, naquilo que diz respeito ao seu caráter, natureza, às tendências recebidas por meio de sua educação e do autodesenvolvimento de sua personalidade. E que merece ampla tutela do ordenamento jurídico como forma de garantir o livre exercício de sua liberdade, igualdade e dignidade.

2.4 DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL

O direito de igualdade é enunciado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, basicamente pelas expressões simultâneas da “igualdade perante a lei” e da “igualdade na lei”. A primeira expressão, que corresponde à igualdade formal, diz respeito à igualdade da aplicação do direito vigente sem distinção baseada no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente, ou seja, a igualização pela aplicação da regra a todos. Nesse caso, mostra-se como dever do aplicador do direito tratar todos segundo a lei vigente. Por outro lado, a igualdade na lei, de natureza material, exige o mesmo tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses diversas, o que significa, em outras palavras, tratar desigual aos desiguais, como meio de atingir a isonomia, visando a preservar a identidade. Aqui, impõe-se ao legislador considerar as similitudes e diferenças quando da elaboração dos regimes normativos.

O constituinte de 1988 afirmou o princípio da igualdade em diversos dispositivos do texto constitucional. Em análise, constata-se que o atual ordenamento jurídico constitucional consagra as concepções formal e material do princípio da igualdade, conforme destacam diversos autores como FERREIRA FILHO (1990)⁷⁶, que alerta para o descabimento das distinções arbitrárias ínsitas ao art. 5º caput; BASTOS (1989)⁷⁷, SILVA (1996)⁷⁸ entre outros.

A partir desses conceitos, impõe-se analisar um específico desdobramento do princípio em exame, que interessa mais de perto ao tema tratado neste estudo, qual seja a discriminação por orientação sexual.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 26-8.

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5-10.

⁷⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

2.4.1 A Discriminação por Orientação Sexual no Direito Pátrio

O princípio da igualdade é relacional. A igualdade somente se perfaz à vista da incidência de duas ou mais situações, sem as quais não há como se avaliar a igualdade ou a admissibilidade da desigualdade.

A partir do correto manejo desse princípio, impõe-se ampla visão da homossexualidade, enquanto orientação sexual específica, sem a qual não há como identificar as discriminações.

Considerando a igualdade formal (igualdade diante da lei) na esfera da sexualidade, na qual interessa ao tema a homossexualidade, a igualdade se manifestaria na aplicação do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, independentemente da preferência homossexual ou heterossexual. Em outras palavras, a igualdade formal estabelece uma proibição para a diferenciação de tratamento, sendo que as desigualdades só poderão ser toleradas, se baseadas em motivação racional de âmbito material (justificações). Em sua dimensão formal, a igualdade objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, pela aplicação da mesma lei a todos, ou seja, a superação das desigualdades dá-se pela generalização das normas jurídicas frente a todos os sujeitos de direito.

Assim, igualdade perante a lei somente entrará na universalidade do direito, mediante a ruptura do modelo padronizado, cristalizado no padrão heterossexual.

Quanto à igualdade na lei, que exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente nos casos iguais, bem como diferenciação no regime normativo frente a hipóteses diversas, a indagação fundamental é como identificar as semelhanças e as diferenças, adentrar no conteúdo e filtrar aquilo que é relevante (ou não) para fins de equiparação ou diferenciação. A resposta a esta indagação não é fornecida pela máxima geral de igualdade em si mesma. Exige a adoção de juízos valorativos que, por sua vez, num regime democrático, estão abertos ao

legislador, cuja opção poderá ser por um tratamento desigual, sempre que o tratamento desigual não se revele arbitrário.

Conseqüência disso, no domínio específico da orientação sexual é a imposição de tratamento igual sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade de tratamento, que devem ser aferidas em cada momento histórico.

No caso específico da homossexualidade, frente ao atual estágio de conhecimento humano não há como autorizar juízos discriminatórios com fundamento exclusivo no critério de orientação sexual. A partir dessa superação de preconceitos, sustentar a constitucionalidade de discriminações por orientação sexual requer elevada carga argumentativa, uma vez que toda diferenciação revela-se arbitrária. Por conseguinte, aquilo que outrora justificava a diferenciação, na homossexualidade, hoje, revela-se preconceito, já que não consegue dar racionalidade à justificativa para as práticas discriminatórias.

Neste ponto, importante mencionar duas formulações oriundas de abordagem acerca da discriminação por orientação sexual. A primeira concerne à discussão sobre a reivindicação dos “direitos de homossexuais”, que postula na seara da sexualidade, à equiparação entre homossexuais e heterossexuais, acarretando uma acentuação na diferenciação, ao invés da intencionada igualdade. Isto ocorre porque se pressupõe que o real sujeito de direito seria o heterossexual, implicando na desigualdade, já que exclui o homossexual da abrangência desta categoria. A segunda formulação diz respeito ao “direito de diferença”. Esta concepção parte da premissa de que a igualdade deflui do respeito à diferença, que protege a identidade do homossexual. A proposta considera a identidade heterossexual como parâmetro de normalidade, admitindo o igual tratamento aos dissonantes. A similitude entre ambas as formulações gira em torno da constatação de que compartilham de uma visão discriminatória em face da orientação sexual, em contraposição à idéia afirmada no cerne da dimensão formal do princípio isonômico da não-diferenciação.

Por outro lado, em sua dimensão material, o princípio da igualdade impõe tratar de forma igual os casos iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade apresentada, ou seja, as questões em que surge a dúvida sobre a possibilidade da equiparação ou da diferenciação em função da orientação sexual, a igualdade de tratamento é de rigor, excetuando-se os casos em que fundamentos racionais demonstrem suficientemente a necessidade de tratamento desigual.

No direito constitucional pátrio nota-se crescente evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa quanto à concretização do princípio isonômico, relativa à proibição de discriminação por orientação sexual. Além da esfera constitucional, com o projeto de Emenda Constitucional 67, de 1999 que propôs a alteração do art. 3º inc. IV e do art. 7º inc. XXX da Constituição Federal de 1988, notam-se manifestações para inclusão explícita do critério proibitivo de discriminação, na esfera das constituições estaduais, como de Mato Grosso (art.10); Sergipe (art. 3º) Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 2º § único); nas leis federais, lei municipais, em alguns estados como Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantis.

Uma vez fixadas as diretrizes com as quais deverão ser visualizadas e analisadas o tema proposto, cumpre expor a proposta desse trabalho.

PARTE 3.

CRITÉRIOS PARA APREENDER AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

PARTE 3.

CRITÉRIOS PARA APREENDER AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

3.1 A HOMOSSEXUALIDADE NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES ATUAIS DE SENTIDO DE FAMÍLIA. A SUPERAÇÃO DO PADRÃO CLÁSSICO DE FAMÍLIA BASEADO NA HETEROSSEXUALIDADE COM FINALIDADE PROCRÍATIVA

O termo homossexualidade foi cunhado em 1869 pelo médico húngaro Karoli Maria Kertbeny para designar, segundo terminologia clínica, todas as formas de amor carnal entre pessoas do mesmo sexo, surgindo a terminologia heterossexualidade somente em 1888.

A história revela que os homossexuais foram perseguidos durante séculos como verdadeiros párias, sodomitas, homófilos ou pederastas.

No transcorrer do tempo, o termo homossexual adquiriu diversas definições como inversão⁷⁹, desajuste comunitário, desvio adquirido do impulso sexual, chegando, inclusive, a ser compreendido como uma perversão⁸⁰, pois estaria fora dos padrões da “normalidade”, que, no caso, seria a heterossexualidade. Nesse sentido ressalte-se também entendimento esposado por BRANDÃO (2002)⁸¹:

(...) pode-se afirmar que homossexual é a pessoa que se relaciona, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico.

⁷⁹ ARBENZ, Guillermo Oswaldo. **Medicina legal e antropologia forense**. São Paulo: Atheneu, 1988. p. 419, que entende que é “uma inversão sexual que se caracteriza pela atração sexual por pessoas do mesmo sexo”.

⁸⁰ Nesse sentido a definição de GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 25.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 412, que afirmou ser “um perversão sexual que leva os indivíduos a sentirem-se atraídos por outros do mesmo sexo, com repulsa absoluta ou relativa para os de sexo oposto”.

⁸¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002. p. 17.

Muitas são as formas de expressão da sexualidade humana e, nesse sentido, é importante destacar a lição de DIAS (2001)⁸²:

Ainda que se desconheça a origem da homossexualidade, o certo é que se trata de uma tendência que não decorre de uma escolha livre. Se tivesse opção, muitos homossexuais prefeririam não o ser. Assim como a atração por uma pessoa do mesmo sexo não nasce de um ato de vontade, nada justifica o desrespeito às expressões minoritárias da sexualidade, revelando-se de todo desarrazoada a total indiferença diante da diferença.

Hoje, sob a égide do Estado Democrático de Direito a homossexualidade, assim, pode ser entendida como o livre exercício do direito à personalidade, consubstanciado na autodeterminação e identificação sexual.

Após séculos de isolamento social em guetos, comunidades alternativas, hoje, a parceria homoafetiva é realidade e deve ser compreendida como entidade familiar, desde que presentes as características comuns às famílias contemporâneas, ou seja, a afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A família, segundo lição de FACHIN (2002)⁸³:

Constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos.

A evolução do sentido de família, neste ponto, deve-se iniciar com sua concepção presente no Código Civil napoleônico, que destaca a relevância política daquela, assinalando sua função de assentar a ordem pública sobre a privada, a ordem social sobre a ordem doméstica. Nesse contexto, no ordenamento jurídico pátrio vigente sobressaiu-se o grande poder marital, a

⁸² DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 48.

⁸³ FACHIN, Luiz Edson. Família, direitos e uma nova cidadania. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIA E CIDADANIA, 3., 2002, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2002. p. 15.

supremacia absoluta da família legítima, matrimonializada, a condição de submissão da mulher e a marginalização das relações extramatrimoniais. Este rijo caráter individualista configurou um modelo de regulação jurídica de família, forjado na hierarquia e alicerçado na concepção cidadão-proprietário (patrimonialista). Nesse sentido, a família, neste modelo institucional, mostra-se como uma entidade fechada que pode ser considerada em si mesma, e que se volta invariavelmente para a consecução de fins econômicos, sendo os laços afetivos, de caráter secundário. Revela-se uma família hierarquizada, assimétrica, patrimonialista, autoritária e matrimonializada.

Nesse âmbito político e ideológico, dominado por uma visão rígida de padrões morais de austeridade e autocontrole, reprovador de qualquer tipo de excesso (quer econômico, quer sexual), facilmente verifica-se a inexistência de espaço institucional para as uniões de pessoas do mesmo sexo, já que contrariava a lógica informadora da família, enquanto figura jurídica. Além disso, a homossexualidade confrontava, de maneira geral, também ditames de ordem religiosa dominante e a legislação civil, como bem destaca FOUCAULT (1988)⁸⁴:

Ao final do século XVIII, três grandes códigos explícitos — além das regularidades devidas aos costumes e das pressões de opinião — regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Eles fixavam, cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal, a capacidade de desempenhá-lo, a forma pela qual eram cumpridas as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais servia de pretexto, sua fecundidade ou a maneira empregada para torna-lo estéril, os momentos em que era solicitado (períodos perigosos da gravidez e da amamentação, tempos proibidos da quaresma ou das abstinências), sua frequência ou raridade: era sobretudo isso que estava saturado de prescrições. O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das constrições; era, sobretudo dela que se falava; mais do que

⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade - I: a vontade de saber**. Tradução Maria Thereza de Albuquerque e J. Guilhaon Albuquerque. 7.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 38.

qualquer outra tinha que ser confessada em detalhes. Estava sob estreita vigilância: se estivesse em falta, isso tinha que ser mostrado e demonstrado Dante de testemunha. O “resto” permanecia muito mais confuso: atentemos para a incerteza do *status* da “sodomia” ou a indiferença diante da sexualidade das crianças.

É somente a partir da segunda metade do século XX que novas perspectivas abrem-se para a consideração das uniões de pessoas do mesmo sexo, em virtude das transformações sociais e evolução do direito.

Com o declínio da hierarquização e do patriarcalismo, nos quais merecem destaque, a nova concepção de divórcio e a igualdade de direitos entre os cônjuges instaurou-se um tipo de relacionamento familiar que privilegia a satisfação afetiva dos cônjuges.

Já a partir dos anos 80, nota-se nova alteração no meio familiar, a chamada “família pós-moderna”, caracterizada pela individualização e valorização de cada um de seus membros sobre a comunidade familiar. Esta dinâmica evolutiva foi verificada pelo ordenamento jurídico pátrio, culminando com a promulgação da Carta Magna de 1988.

A constitucionalização do direito de família passou a enfocar a família como local de afeto e solidariedade, no qual a valorização e desenvolvimento pessoal de seus membros constituem seu principal objetivo. A família contemporânea não exerce mais a mera função de reprodução, sustento e educação dos filhos, mas reconhece novos valores e novas formas de convívio, buscando a realização do bem-estar e alcance de felicidade de cada um de seus participantes.

É nesse contexto que as uniões homoafetivas inserem-se como verdadeiras entidades familiares, e seus reconhecimentos dar-se-ão desde que

preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, como bem destaca LOBO (2002)⁸⁵:

A norma de inclusão do art. 226 da Constituição norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões. (...) A ausência de lei que regule essas uniões não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação.

A repersonalização do Direito Civil contemporâneo insere importante alteração axiológica nos valores a serem tutelados, passando a focar de forma especial, a tutela dos valores da personalidade. Com efeito, a inclusão jurídica da união afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo segue o influxo dessa tendência do Direito Civil, isso porque não é apenas a formalidade do vínculo que se constitui o responsável pela tutela jurisdicional. O que passou a importar é o enfoque personalístico da afetividade, revelado na comunhão de vida, da realização pessoal e desenvolvimento da personalidade de seus membros, que poderá estar presente em quaisquer formas de constituição de família.

No entanto, os critérios da personificação do Direito em relação aos homossexuais só alcançarão a tutela se houver a superação do padrão clássico de família, baseado no modelo heterossexual tido como “normal”.

Esse modelo considerado “padrão”, mesmo após os avanços no atual contexto social, traduz-se na definição dos papéis de cada cônjuge, advindos do “mito” da complementaridade dos sexos, cuja distribuição de tarefas era realizada conforme “a natureza”. Note-se, no entanto, que mesmo essa repartição de tarefas, na atual entidade matrimonializada, não se faz mais presente, pois ambos os cônjuges desfrutam de iguais direitos e responsabilidades.

⁸⁵ LOBO, op. cit., p. 53-4.

Mesmo entendendo-se ser a heterossexualidade componente indispensável ao casamento — apesar de não expressamente previsto no Código Civil atual e no revogado —, não pode implicar na impossibilidade de existência de outros modelos familiares, próximos ao casamento, reconhecidos pelo Direito. Nas palavras de OLIVEIRA e MUNIZ (1990)⁸⁶:

(...) as uniões estáveis de natureza homossexual podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas, não como modalidade de casamento.

A visão tradicional e utópica de família constituída na versão de um homem e de uma mulher, ambos fiéis, estruturada dentro dos padrões tradicionais, com cerimônia religiosa e civil, gerador de filhos, com divisão bem definida de tarefas entre os cônjuges (para a mulher designava-se as tarefas do lar e educação dos filhos e para o homem o dever de prover as necessidades econômicas do lar), encontra-se defasada, restando tais características afetas ao modelo de família patriarcal, já superado.

As transformações introduzidas na família parecem estar relacionadas com o modo de produção econômica da sociedade.

A família tradicional tinha franca finalidade produtiva e reprodutora. O caráter transpessoal visava a interesses patrimoniais e produtivos, independentemente das perspectivas diversas dos membros do vínculo familiar. A unidade da família tradicional era fundada numa união de seus membros para o trabalho rural, na divisão dos trabalhos e na direção patriarcal, assumindo, os filhos, importante papel na continuidade do desenvolvimento econômico do grupo familiar. Por outro lado, o casamento hoje deixou de ter a natureza de instituição, para assumir a função de ser instrumento para a realização personalística dos membros que a compõe, como ocorrem nas demais possibilidades de entidades

⁸⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio A Fabris, 1990. p.215.

familiares. A família estabelece-se como núcleo de apoio e solidariedade, fato que induz a ampliação dos efeitos jurídicos do afeto. Assim, a filiação deixa de se constituir mão-de-obra, para assumir a acepção real de filho.

Outro ponto a ser relevado na remodelação dos papéis masculino e feminino diz respeito às famílias monoparentais, em que os pais lutam para superar a visão da família tradicional. A permanência da prole com um dos genitores é uma realidade presente. Na maioria dos casos ainda é a mulher que assume o comando integral da família, exercendo concomitantemente as funções de pai e mãe. No entanto, vem se verificando uma tendência atual de que o homem vem pleiteando essa possibilidade na condução da relação paterno-filial, concorrendo de maneira igualitária, segundo o superior princípio do melhor interesse da criança, ainda que, na maioria das vezes, tal impulso seja fruto de mesquinha vendeta e/ou liberação de pagamento de pensão alimentícia.

Por outro lado, ainda no contexto das alterações do padrão de família com finalidade procriativa, importante citar o crescente grupo de casais que optaram por não ter filhos — os chamados “*children’s free*”.

A introdução de métodos contraceptivos desvinculou a finalidade reprodutiva do padrão clássico de casamento. No mesmo sentido, o desenvolvimento da ciência no campo da procriação, permite, atualmente, a reprodução sem necessariamente haver o contato sexual do casal ou dos pretensos pais.

Na mesma esteira de desenvolvimento, a noção jurídica de paternidade transmuda-se de um modelo baseado em presunções protetivas da família legítima para introduzir a paternidade biológica, cujos laços familiares se estabelecem a partir de um laudo técnico. Com isso, se estabelece o novo estatuto jurídico dos filhos tendo a igualdade como fundamento, tanto para a prole advinda de matrimônio, quanto para a constituída fora do casamento.

Dentro do panorama delineado verifica-se que a questão da procriação como objetivo da família clássica mostra-se superado, inclusive, o próprio contexto social e jurídico da reprodução está apartado dos moldes tradicionais.

Por conseguinte, a negativa de reconhecer as relações entre pessoas do mesmo sexo sob o pretexto da não-possibilidade de procriação entre os parceiros envolvidos, revela-se incoerente se comparado com as demais formas de famílias já reconhecidas.

A não-possibilidade de procriação, dentro de uma família composta por pessoas do mesmo sexo, faz parte de sua realidade específica. Esse fator é uma característica da entidade homoafetiva, mas que não lhe é exclusiva, já que pode ocorrer em outras entidades familiares, mesmo na forma tradicional, por problemas fisiológicos de um dos cônjuges, por exemplo. Cabe ao Direito deferir efeitos jurídicos para abranger as diferenças. Incabível excluir da tutela do Direito vários sujeitos em decorrência de seu não enquadramento num padrão ultrapassado.

3.2 A UNIÃO HOMOAFETIVA E A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

Num estado democrático, cuja Constituição Federal privilegia o exercício da igualdade e o respeito à dignidade da pessoa humana, também está assegurada a livre escolha de orientação sexual. A doutrina, cada vez mais, se dedica ao tema e a jurisprudência avança mais rápida do que a tramitação do projeto de lei que objetiva regulamentar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, denominadas parceria civil registrada, no projeto de lei n. 1151/95, concedendo direitos previdenciários, patrimoniais e processuais, apesar da falta de previsão legal.

Como demonstrado anteriormente, o Direito de Família contemporâneo converge em direção a crescente valorização das uniões de pessoas, em que se estabelece uma comunhão de vida dirigida ao desenvolvimento da personalidade,

por meio de vínculos sexuais e afetivos duradouros, sejam formais e/ou com finalidade procriativa.

Nessa esteira de entendimento, o reconhecimento da entidade afetiva resultante da vida em comum e da conjunção de esforços econômicos presentes na vida cotidiana é fator que se impõe, a partir do entrelace afetivo e sexual.

O motivo da pertinência das uniões homoafetivas ao Direito de Família cinge-se ao reconhecimento da importância e de sua especificidade, uma vez que decidir eventuais problemas jurídicos, socorrendo-se a outras searas do direito (como o obrigacional, como vem sendo feito na maioria das vezes), que não no direito de família, constitui-se em grave erro, pois se ignora o elemento afetivo configurado como principal elemento caracterizador da entidade familiar contemporânea. Como bem ressalta RIOS (2001)⁸⁷ fazendo menção à lição de Clóvis do Couto e Silva:

(...) as relações humanas permeadas de intensa intimidade, constituintes de tal comunhão de vida, não se ajustam aos conceitos clássicos de direito subjetivo, tendo em vista o elemento afetivo que as informa.

Sob esta ótica, evidencia-se a tendência do Direito de Família na direção do reconhecimento da natureza familiar a relações humanas estáveis, duradouras, baseadas na sexualidade e no afeto, com intenção de estabelecer-se na comunhão de vida. Nesse rumo é incontestável a superação dos dogmas relativos à finalidade reprodutiva como requisito indispensável ao reconhecimento de entidade familiar. Igualmente ultrapassada a exigência formal do vínculo para a sua existência.

As uniões homossexuais, cujos vínculos afetivos e sexuais constroem uma comunhão de vida estável, pública e duradoura, satisfazem plenamente as exigências inseridas pela regulação jurídica da família, previstas na atual

⁸⁷ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 108.

codificação civil. As características ínsitas nessas relações impõem seu acolhimento no Direito de Família, uma vez que é o domínio jurídico adequado para a juridicização dessa relação social, por reconhecer que a afetividade supera o critério patrimonial.

Uma vez definida a pertinência das uniões homossexuais a princípios e finalidades normativas do Direito de Família, importante situar seu reconhecimento com a proteção do valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

A proteção da dignidade humana inclui respeito à individualidade de cada pessoa, ainda que independentemente de sua orientação sexual.

Nessa ordem, tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas relações homossexuais em que se verifique afeto, que esteja baseado na sexualidade de forma livre e autônoma, impõe-se sua proteção pelo princípio da dignidade. O valor constitucional que resguarda a proteção da dignidade humana e a relaciona com o caráter familiar das uniões homossexuais é o pluralismo, pois na medida em que não se respeitam as diferenças individuais desaparece a possibilidade da construção de espaço para a subjetividade e a constituição das entidades pessoais.

No tocante ao Código Civil de 2002, a união homoafetiva continua no plano do não-reconhecimento, pois não houve sua inclusão expressa na legislação. O tema da não-discriminação por orientação sexual no campo do Direito de Família somente ganhou viabilidade a partir dos anos 90, o que explica, a princípio, a ausência de sua discussão no projeto.

Nesse contexto, entendem alguns autores que, ante a natureza controvertida, a questão da união homoafetiva não deveria fazer parte de uma legislação codificada, reservada apenas a assuntos sedimentados. No entanto, nota-se que tal posicionamento encontra-se superado.

Sobre o assunto, assim se posicionou o deputado FIÚZA (2000)⁸⁸ relator do projeto:

No que tange à chamada união civil de pessoas do mesmo sexo, é coerente que o projeto não trate do assunto nesta oportunidade já que essa união não é contemplada na Constituição como entidade familiar. É preciso, todavia, que se afastem as posturas farisaicas ou simplesmente ortodoxas e que se atente para o fato de que em todo capítulo relativo à família o novo Código dá especial ênfase às relações afetivas. Neste caso, deveríamos reconhecer que a busca da felicidade entre duas pessoas extrapolou a rigidez do engessamento do Direito positivo. É notório que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo provocam conflitos religiosos. Diante de usos e costumes longamente sedimentados, muitas vezes, apenas para efeitos públicos, certamente ainda com grande influência da Escolástica, é vedado às pessoas serem felizes, se o preço dessa felicidade significar o mínimo arranhão aos seus cânones (...).

Apesar do posicionamento do relator, a preocupação quanto à lacuna sobre a união homoafetiva dirige-se à interpretação que se faz do Novo Código Civil. Àqueles que entendem o Direito como sinônimo de lei e que a codificação delimita a juridicidade, não haverá espaço para reconhecimento das uniões homossexuais. No entanto, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas perfaz-se com a superação do legado do positivismo estrito e atendendo aos princípios norteadores do Direito de Família — inserido no Código Civil e na Constituição Federal de 1988.

Com essas considerações, passa-se a analisar as uniões homoafetivas frente ao casamento e a união estável.

⁸⁸ FIÚZA, Ricardo. **Audiência pública sobre o novo Código Civil**: 13.09.2000. Brasília: Direito de Família, 2000. Respondendo a perguntas levantadas por Maria Berenice Dias

3.3 A UNIÕES HOMOSSEXUAIS E O CASAMENTO

A hipótese de subsunção das uniões homoafetivas ao casamento não encontra qualquer aceitação e respaldo, na doutrina ou na jurisprudência pátria. Nesse sentido é a postura tradicional de GOMES (1999)⁸⁹:

O casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível. A exigência da diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar na hipótese de casamento entre dois homens ou entre duas mulheres, fato que pertence aos domínios da insânia.

O casamento, embora não seja mais considerado como a única forma de constituição de família, frente ao reconhecimento da união estável e da possibilidade de organização monoparental, ainda continua sendo um ato solene de grande importância. Essa afirmação pode ser comprovada pelo art. 1511 do atual Código Civil ao referir que o casamento estabelece plena comunhão de vida, baseado em igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Esses vêm elencados ao longo de vários outros artigos, podendo o seu descumprimento significar a dissolução do vínculo.

Consoante definição de RIZZARDO (2004)⁹⁰:

O casamento vem a ser um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para constituir uma família e viver plena comunhão de vida. Na celebração do ato, prometem mútua fidelidade, assistência recíproca e a criação e educação dos filhos.

Sob o sentido emanado acerca do conceito de casamento, possivelmente, uma das razões pelas quais não há eco jurídico ao posicionamento de subsunção

⁸⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 118.

⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2.ed., 2004. p 17.

das uniões homoafetivas ao casamento é, justamente, a formalidade do vínculo, do ato a ensejar o matrimônio, aliada aos preceitos tradicionais inculcados quando dos ensinamentos religiosos cristãos.

Conforme se apreende da definição transcrita, a carga preconceituosa ínsita à sociedade, oriunda de séculos de imposição de dogmas autoritários de repressão à sexualidade é o grande entrave à aceitação da realidade fática que hoje salta aos olhos. Não é mais possível, no contexto atual, ignorar que as pessoas que convivem na homoafetividade não possam regularizar sua situação frente ao ordenamento jurídico.

Como se verifica, o Código Civil pátrio não conceitua família, nem casamento, muito menos faz referência à imposição de diversidade de sexo, nem quando estabelece os impedimentos para sua celebração.

Em razão dessa omissão legislativa e frente à recusa de se considerar válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, começou a ser aplicada a teoria do casamento inexistente, como se verifica no pronunciamento do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS⁹¹.

Tratando de casamento realizado entre pessoas do mesmo sexo, o caso não é de nulidade e sim de declaração de casamento inexistente. Existiu o ato, mas não existiu o casamento, e o ato é nulo porque inexistiu o casamento.

No tocante à teoria de inexistência destaca PEREIRA (1999)⁹²:

A teoria do casamento inexistente foi engendrada por Zachariae, escritor Tedesco do século passado, em Comentários ao Código Civil francês de 1804, aparecidos em 1808 na Alemanha, e traduzidos em 1839 por Aubry et Rau e mais tarde desenvolvida por Saleilles, em estudo aparecido em 1911.

⁹¹ Acórdão retratado na RT 532/119.

⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 84

Para RODRIGUES (2002)⁹³,

Inexistente seria o negócio que não reúne os elementos de fato, que sua natureza ou seu objeto supõem, e sem os quais é impossível conceber a sua própria existência.

Em relação à doutrina francesa, parte-se do pressuposto de que a lei esposou o entendimento de que as hipóteses de nulidade de casamento deveriam ser expressamente contidas no texto da lei — “*en matière de mariage, pas de nullité sans texte*”. O art. 146 do Código Napoleônico que dispunha: “*Il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a point de consentement*”, foi a base para o desenvolvimento da teoria.

No direito brasileiro, melhor elucida a questão os ensinamentos de GOMES (2000)⁹⁴:

No Direito de Família vigora o princípio de que o casamento só é ineficaz quando a lei o declara de modo expreso. Como o legislador se preocupa apenas com os elementos exigidos para a sua validade, algumas situações podiam apresentar-se, nas quais certos pressupostos de fato, necessários à sua existência, não se verificavam, embora o ato tivesse a aparência de matrimônio. Faltando no texto legal a proibição, por se tratar precisamente de pressuposto da sua formação — presumido, portanto —, que teria de ser reputado válido, porque não estava expressamente defeso. Mas a ordem jurídica não pode emprestar validade a um ato a que falta elemento substancial.

Os elementos essenciais, nesse caso, são a diversidade de sexo, a celebração e o consentimento, sendo que a ausência de quaisquer deles importa na inexistência do ato e, conseqüentemente, o seu não ingresso ao mundo jurídico. Assim, nesse compasso, poder-se-ia até, eventualmente, assistir a uma cerimônia de casamento entre um casal de homossexuais, mas nada mais seria

⁹³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 81.

⁹⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 468.

do que uma simples encenação, ou nos dizeres de PEREIRA (1999)⁹⁵: “nada mais é do que uma aparência de casamento”.

A teoria da inexistência não é aceita pacificamente. Fato é que a doutrina encontra argumento para refutar a tese da omissão legislativa supramencionada.

Em igual sentido ensina CZAJKOWSKI (1995)⁹⁶, afirmando que equivocadamente alguns partem da visão contratualista para enfrentar a questão das parcerias homossexuais, como uma espécie de casamento, pois esquecem os elementos essenciais da noção de família como o regramento das relações sexuais, mútua assistência e proteção à descendência. Nesse sentido alude⁹⁷:

O surgimento da família, modernamente, justifica-se de modo primordial na realização afetiva, psicológica e sexual do homem e da mulher, mas jamais pode desvincular-se completamente da idéia de procriação humana, pelo menos potencial.

Por fim, o autor assegura que, considerando-se o casamento como um contrato, a única objeção às uniões homossexuais seria de ordem moral, que não se coadunaria com o fim científico do Direito.

Ora, partindo-se do fato que a divergência de sexo não se encontra prevista em lei (art. 1511 do atual *Codex*) e, ainda, que o casamento não enseja mais a finalidade procriativa não há base legal para a vedação, mas sim perpetuação dos padrões preconceituosos que orientam a doutrina e a jurisprudência atuais. O que se deve focar é o fato de que se duas pessoas passam a ter uma vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, fidelidade, coabitação, em convívio estável caracterizado pelo amor e pelo respeito, com objetivo de construir um lar, este vínculo, independentemente do

⁹⁵ PEREIRA, op.cit., 1999, p. 85.

⁹⁶ CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 176, p. 95-107, 1995.

⁹⁷ CZAJKOWSKI, ibid., p. 95.

sexo, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei, ou vindo a receber proteção com soluções jurídicas diversas (ora afetas ao direito obrigacional, ora no direito de família). Assim, passa-se à análise do tema, ou seja, a equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis.

3.4 UNIÃO DE FATO E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A

A crescente necessidade de um posicionamento, ante a omissão legislativa, no sentido da equiparação das relações homoafetivas duradouras à entidade familiar da união estável, reconhecida expressamente na Constituição Federal de 1988, estimulou a realização deste estudo que pretendeu incrementar subsídios jurídicos para o reconhecimento dos efeitos patrimoniais e existenciais gerados por essa convivência solidária, quando a dissolução dessa união advenha da morte de um dos companheiros, trazendo à colação os pontos em que se assemelham às uniões estáveis, até que seja promulgada legislação reguladora específica.

A análise começa com a acepção de sociedade de fato.

Atribuir a natureza de “sociedade de fato” às uniões homoafetivas, não é nenhuma novidade, já que tal conceito fora igualmente aplicado às uniões estáveis, como forma inicial de seu reconhecimento jurídico.

Importante frisar que reconhecendo a união homossexual como sociedade de fato, estar-se-á retirando aquele relacionamento da mera existência fática, para inserí-lo no âmbito do Direito, passando a produzir efeitos, não só às partes envolvidas, mas em relação a terceiros.

Superada a idéia de mera existência fática, sem produção de efeitos jurídicos, surge o aspecto terminológico para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, confundidas ora como instituto societário, ligado ao direito obrigacional, ora reconhecidas como verdadeiras entidades familiares a serem respaldadas pelo Direito de Família.

Para linha de pensamento desposado por GAMA (1998)⁹⁸, enquanto não houver uma legislação específica, aprovada para regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo:

(...) a união homossexual continuará passível de registro oficial, não gerando efeitos jurídicos no Direito de Família, devendo ser tratada como sociedade de fato, ou seja, no campo do Direito das Obrigações.

No mesmo sentido BRITO (2000)⁹⁹ aduz:

(...) é perfeitamente possível que se reconheça uma sociedade de fato entre homossexuais, sendo tal questão puramente de direito obrigacional. Não se cuida de estabelecer a existência de uma família entre estes parceiros, pois, como defendemos, não há família. Os aspectos íntimos da convivência homossexual entre estes parceiros é matéria estranha que não precisa ser abordada, sendo essencial, entretanto, a prova de que houve colaboração, com dinheiro ou trabalho de um na formação do patrimônio do outro.

E também com LIRA (1997)¹⁰⁰:

Não se trata de entidade familiar, pois o casamento e a união estável pressupõem necessariamente um vínculo entre pessoas de sexo diferente (art. 226 §§ 3º e 5º da Constituição de 1988).

A união civil entre pessoas do mesmo sexo é matéria que não se põe no âmbito do direito de família, devendo as questões dela decorrentes ser solucionadas estritamente dentro da portada do direito das obrigações.

Apesar da busca de fundamentos favoráveis em classificar as uniões homoafetivas como sociedade de fato, ou mesmo, empregando-se

⁹⁸ GAMA, op. cit., 1998. p. 491.

⁹⁹ BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 53.

¹⁰⁰ LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre entidades familiares. In: COMMAILLE, Jacques et al. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 45-6.

analogicamente a Súmula 380 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹⁰¹, este entendimento não se configura a melhor solução jurídica, por reduzir uma união afetiva ao julgo de uma relação de natureza econômica. Cabe, ainda, lembrar que referida súmula foi editada em data anterior à constitucionalização da relação concubinária e que, àquela época, nem mais era invocada pela jurisprudência, que passara a presumir a mútua colaboração para determinar a partilha igualitária, o que vem significar um retrocesso.

Ainda que, a princípio, se assemelhasse justa tal solução, insta ressaltar que a meação do patrimônio amealhado durante o período de vida em comum, somente se daria em caso de separação e não quando a dissolução da união ocorresse em decorrência de óbito de um dos companheiros. Em hipótese de falecimento, ainda persistiria o enriquecimento sem causa, ao outorgar somente a meação dos bens ao sobrevivente. Induidoso o proveito dos familiares (que, em geral, hostilizam a opção sexual do *de cujus*) em detrimento de quem dedicou a vida a um companheiro, ajudando-o a construir um patrimônio¹⁰².

As uniões homoafetivas são sociedades de afeto.

Destaque-se a importância do papel jurisprudencial quanto o assunto, embora escasso.

O acórdão pioneiro do Superior Tribunal de Justiça prolatado pela 4ª Turma, no Resp nº 148897/MG¹⁰³, cujo relator, Ministro Ruy Rosado Aguiar,

¹⁰¹ Que dispõe: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. DJU 8/5/1964. p. 1237.

¹⁰² Sobre o assunto, ver, ainda, SUANNES, Adauto. **Uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD, 1999. p. 32. Ed. Especial.

¹⁰³ DJ 06/04/1998. Ementa: Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum.

“O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio. Adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do código civil. responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do c. civil. Ação possessória julgada improcedente. demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido”.

reconheceu os efeitos jurídicos na união entre pessoas do mesmo sexo. Ainda que tenha restringido a fundamentação da decisão à matéria no plano da sociedade de fato, enfocou questões existenciais nucleares das relações familiares. Destacam-se os seguintes trechos:

A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do Código Civil: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa de incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo que essa união — embora criticada — existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula.

Contudo, ainda, afirma:

A motivação que eles tiveram para formá-la, ou seja, o afeto recíproco que parecia haver entre eles, por mais que queiramos deixar de abordar esse tema, sempre estará necessariamente presente, porque seria difícil reconhecer essa sociedade de fato existente entre duas pessoas do mesmo sexo, que a tivessem criado apenas por motivação material. Parece-me que a sociedade ora cogitada decorreu não dessa motivação da formação de um patrimônio comum, senão de um afeto que existia entre eles e que os animava a manter um relacionamento comum. Os benefícios decorrentes dessa união parecem-me que foram aleatórios pelo menos secundários; não foi essa a grande motivação que tiveram para mantê-la.

Note-se que a sensibilidade presente na consciência dos julgadores, que responde pela força criativa do Poder Judiciário, constitui-se em inegável fonte formadora de direito que, no caso aqui tratado, passou-se a conceder efeitos jurídicos às relações formadas por pessoas de orientação sexual diversa da maioria.

Em recente decisão sobre a ADI 3.300¹⁰⁴, em que se discutia o reconhecimento como entidade familiar, das uniões estáveis entre homossexuais, lamentavelmente, julgou extinta a ação por impossibilidade jurídica do pedido, por questão de ordem formal processual, reconheceu o Ministro Celso de Mello a importância do Poder Judiciário como órgão que *“não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas”*.

Preconceitos à parte, não há como se sustentar existir uma sociedade baseada em fins econômicos, quando se têm duas pessoas do mesmo sexo, que decidem, livre e conscientemente, unir-se em comunhão de vida, mantendo esse relacionamento duradouro, estável, partilhando conquistas e dificuldades, realizando-se na convivência pessoal, sendo uma para com a outra fiel no afeto e no sentido material da palavra.

Não existem parâmetros semelhantes a estabelecer-se entre uma relação mantida no âmbito da vida privada, baseada no pleno gozo do direito de personalidade e, de outro lado, uma relação desenvolvida na vida pública dos atos de comércio. Talvez, o único traço de semelhança aqui, que se poderia extrair, seja a não formalidade para sua constituição.

Reforçando esse entendimento, várias são as decisões no sentido contestatório à equiparação das relações homoafetivas à sociedade de fato¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ADI 3300MC/Direito de Família – Distrito Federal. Julg. 3/2/2006. Publicação DJ 09/02/2006

¹⁰⁵ Exemplo: Processo REsp 502995 / RN; Recurso Especial 2002/0174503-5 Relator(a) Ministro Fernando Gonçalves (1107) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma Data do Julgamento 26/04/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 16.05.2005 p. 353. REVJUR, v. 332, p. 113

Ementa: Direito Civil e Processual Civil. Dissolução de Sociedade de Fato. Homossexuais. Homologação de Acordo. Competência. Vara Cível. Existência de filho de uma das partes. Guarda e responsabilidade. Irrelevância.

1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações.

Retomando a idéia de que as uniões homoafetivas devem ser solucionadas na seara do Direito das Obrigações há, ainda, que se visualizar que, assim compreendendo, impõe-se ao parceiro a prova formal de contribuição efetiva nos frutos materiais dessa união para que lhe seja viável a indenização, em caso de dissolução do relacionamento.

Importante notar que a solução da indenização por serviços prestados quando da dissolução das uniões estáveis à época de seu não reconhecimento, importou em grande avanço, já que à época os papéis masculino e feminino na relação familiar eram bem definidos. Ao se importar tal referencial para as uniões homoafetivas, ou mesmo em relação às uniões heterossexuais estáveis, no atual contexto de igualdade, os parâmetros dos “serviços prestados” encontram-se diluídos e ultrapassados. Insta ressaltar que não se está a afirmar a inexistência do instituto da reparação do dano entre parceiros homossexuais. Logicamente, este é cabível, desde que a indenização ou compensação advenha da reparação civil, que não tenha sua origem na convivência estável, na relação de afeto entre eles.

Outro ponto a ressaltar na questão enfrentada é a partilha dos bens adquiridos na constância da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, se considerada a não-formalização, seu fundamento consubstancia-se no sentido de evitar um enriquecimento sem causa, como bem salienta MATOS (2004)¹⁰⁶:

A necessidade de se estabelecer a partilha dos bens adquiridos na constância de uma relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, apesar da falta e mesmo impossibilidade atual de sua

2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares.

3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família.

4. Recurso especial não conhecido.

¹⁰⁶ MATOS, Ana Carlo Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 81.

formalização, está no sentido de se evitar um enriquecimento sem causa. Aqueles que uniram seus esforços materiais e espirituais devem partilhar, quando da dissolução de sua comunhão de vida, o patrimônio obtido durante a união, que, não raramente, encontra como titular um dos companheiros.

Conforme se observa, o transcurso histórico das parcerias homoafetivas vem apresentando pontos comuns com tudo o que ocorreu com a união estável como: ausência de vínculos formais; presença de uma comunhão de vida afetiva pública, ostensiva, duradoura entre os conviventes e com intuito de formação de uma família.

Destarte, levando-se em conta os pontos em comum entre ambas as entidades familiares, destacam-se dois posicionamentos em direção à equiparação.

O primeiro posicionamento sustenta a inconstitucionalidade da norma constitucional do art. 226 § 3º ao restringir o conceito de união estável às uniões heterossexuais, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Como bem destaca Roger Raupp RIOS (2001)¹⁰⁷, tal tese esbarra no óbice da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, conforme decidido na ação direta de Inconstitucionalidade n. 815/Direito de Família, cujo relator foi o Ministro MOREIRA ALVES¹⁰⁸:

(...) a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, “compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não,

¹⁰⁷ RIOS, op. cit., p. 124.

¹⁰⁸ DJU de 10/5/1996, data de julgamento 28/3/96.

violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído o texto da mesma Constituição.

Adotando-se o conceito de que uma Constituição é um conjunto de princípios, aos quais as próprias normas constitucionais devem moldar-se, por uma questão de coerência interna, a aceitação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias afrontaria o princípio da unidade da Constituição.

Esse entendimento reconhece a possibilidade da existência de normas constitucionais inválidas ou ineficazes, tal como fora sustentado por BACHOF (1994)¹⁰⁹, para quem a incidência de nulidade de uma norma formalmente constitucional poderia ocorrer, desde que se desrespeitasse os postulados fundamentais de justiça, de maneira insuportável. Importando esse conceito para a tese da inconstitucionalidade mencionada, a consagração da dignidade da pessoa humana teria o condão de subtrair a eficácia de qualquer regra que a infirmasse, mesmo que tal regra estivesse dentro da própria norma constitucional.

Com efeito, para os autores que abraçam esse posicionamento, no mesmo feixe normativo, não há como reconhecer a possibilidade de constituição que eleja a diferenciação do sexo como elemento discriminante, para merecer a proteção do Estado. Segundo fundamentos do posicionamento ora analisado, sendo todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí estaria incluída a opção sexual. Ao adotar fator sexista, subtrai-se dos homossexuais os direitos deferidos aos heterossexuais. Esta postura implica em evidente discriminação e infringência ao princípio da isonomia e “desrespeito” à cláusula constitucional de respeito à dignidade humana, o que, por via reflexa, fere a liberdade pessoal e sexual.

¹⁰⁹ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Liv. Almedina, 1994.

Como bem defende SUANNES (1999)¹¹⁰:

Ora, sob tal prisma, tanto o parágrafo 3º do art. 226 da CF, quanto o art. 1º da recente Lei 9.278/96 afrontam o espírito e letra da Constituição de 1988, quando restringem a proteção legal apenas às uniões estáveis de pessoas de sexos diferentes, fazendo uma distinção que os princípios supra-constitucionais, albergados no art. 5º, não autorizavam, nem mesmo como exceção.

Essa interpretação é também sustentada por Luiz Edson FACHIN (1999)¹¹¹ ao afirmar que se trata de “hermenêutica construtiva que pode, desde logo, revelar uma compreensão diferenciada do tema”.

Um segundo posicionamento desponta e objetiva incluir as uniões homoafetivas dentro do âmbito da união estável por intermédio de uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, principalmente o direito de igualdade, mediante o emprego da analogia.

Em relação a este posicionamento alguns juristas desenvolveram argumentos contrários, como a finalidade procriativa do casamento. Tal concepção baseia-se em modelo clássico de família, privilegiando o fim procriativo para justificar a exclusão dentro de um conceito jurídico de família.

Nesse ponto, ensina ARNAUD (1991)¹¹² ao posicionar-se sobre as cinco propriedades do casamento, no que se refere a heterossexualidade e a procriação:

(...) — Heterossexualidade: é uma propriedade que não diz respeito aos membros das comunidades. A liberdade sexual é um fato consumado no espírito dos mesmos, e uma comunidade pode muito bem funcionar entre indivíduos do mesmo sexo e estar

¹¹⁰ SUANNES, op. cit., p. 28-33.

¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 99.

¹¹² ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor. 1991. p. 137.

fundada sobre princípios próprios de uma comunidade familiar. Aliás, já o fato de notar a ausência de heterossexualidade não será evocar a homossexualidade para singularizá-la, isto é decretá-la anormal, e, portanto destiná-la à condenação;

Procriação: durante as Semanas Sociais da França¹¹³ as relações fora do casamento e as experiências comunitárias — nenhuma surpresa nisso — foram condenadas. Entretanto, a idéia de procriação era dissociada da idéia de relações sexuais (...).

Vislumbra-se, pois que, há muito tempo, a idéia procriativa apartou-se do âmbito do casamento, sobremaneira após a decisiva inserção da mulher no mercado de trabalho, pelo qual se libertou da dependência financeira do homem e, ainda, pela descoberta da reprodução *in vitro*.

Refletindo-se sobre a restrição expressa no art. 226 § 3º da Constituição Federal, nos artigos 1º das Leis n. 8971/94 e n. 9278/96, ora revogados pelo art. 1723 do atual Código Civil (contém a repetição do conteúdo das leis que revogou), no sentido da propagação de que a união estável deve ocorrer entre homem e mulher, nesta segunda linha de posicionamento entende-se que tais requisitos restam sem efeito frente aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ainda englobando o direito da personalidade, sobremaneira no direito de autodeterminação.

Na esteira desse pensamento analógico importante destacar posicionamento de DIAS (2000a)¹¹⁴:

O aplicador do direito deve subsidiar-se nos referenciais elencados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável. O óbice

¹¹³ Semanas Sociais da França é um movimento católico francês, criado em Lyon, 1953 e preocupado com a inserção da Igreja no cotidiano (NT)

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preceito e a justiça**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2000a. p. 99.

constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa de um fato ao sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para se buscar qualquer outro ramo do Direito que não o Direito de Família.

E continuando:

A solução dos conflitos decorrentes dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios em instituição com que guarde semelhanças: a família (...).

Nesse conceito, enquadra-se tanto a família constituída pelo casamento como a união estável, que agora tem indicação legal de seus requisitos:

É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, se está frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional. Nada justifica que se negue reconhecimento a sua existência. Só o fato de os conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais”.

A mesma autora¹¹⁵, ainda ponderando que o art. 226 § 3º da Constituição Federal de 1988 e as leis n. 8971/94 e n. 9278/96 (e atualmente o art. 1723 do novo *Codex*) — reconhecendo que apenas a união estável formada entre par heterossexual imputa a aparente discriminação, quanto à necessidade de diversidade de sexo — estaria ferindo o princípio da igualdade:

Passando, duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo, a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam núcleo familiar à semelhança do casamento,

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM, 2., 2000, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2000b. p. 81.

independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. Como a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são essenciais para que se empreste proteção legal a um par, é de reconhecer-se a incompatibilidade da regra com o preceito igualitário, que dispõe de mais espectro.

Em decorrência, todo regramento sobre as uniões estáveis entre par heterossexual pode ser estendido às parcerias homoafetivas, dada a identidade das situações, como vida em comum, solidariedade, afeto, assistência mútua, notoriedade, estabilidade e com especial enfoque de constituir um lar.

Sobre a analogia a ser empregada, para preenchimento dessa lacuna legal que se faz realidade hodierna às portas do Judiciário, a doutrina apresenta duas posições fundamentais: a primeira centrada em KELSEN (1974)¹¹⁶ e a outra nas lições de Norberto BOBBIO (2000)¹¹⁷. A posição de KELSEN (1974)¹¹⁸ em relação às lacunas no Direito, de forma breve, resume-se ao brocardo *permissit quod non prohibetur* (em livre tradução — o que não é proibido é permitido), o que implica no afastamento da possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico, assim, regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa. Tal critério de enfrentar a matéria não é isenta de crítica, mas para o presente estudo não se reveste a seara mais oportuna.

Entretanto, tal entendimento pode ser observado como igual fundamento para a extensão de efeitos jurídicos (patrimoniais e pessoais) às uniões homoafetivas. Conforme já discorrido, não há no ordenamento positivo brasileiro nenhum dispositivo legal proibindo a relação afetiva entre pessoas capazes do mesmo sexo e, conseqüentemente, proibindo que o juiz conceda tutela jurisdicional ao par homossexual, quanto a efeitos existenciais.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento**. Brasília: UnB. 2000.

¹¹⁸ KELSEN, op. cit., 1974.

Consequentemente, pode-se concluir, pela teoria de KELSEN (1974)¹¹⁹, que se a união homoafetiva não é proibida, é viável a concessão de efeitos jurídicos, já que lhe é permitida pelo Direito.

Igualmente, pode-se obter mais fundamento para o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homossexuais, pela Teoria do Ordenamento Jurídico desenvolvida por BOBBIO (2000)¹²⁰. Partindo da idéia de incompletude, o autor entende como lacuna, não a falta de uma norma, mas a inexistência de uma norma justa, entendendo-se esta por uma norma que se desejaria que existisse, mas que na realidade não existe. Em decorrência, estabelece o autor a diferença entre lacunas ideológicas e reais. As primeiras (*iure condendo*) seriam aquelas que derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como é e como deveria ser; as segundas (*iure condito*) são aquelas que eventualmente se encontram o ordenamento jurídico tal como são.

Trazendo-se a lição de BOBBIO (2000)¹²¹ ao tema, tem-se uma lacuna de lei, uma vez que há omissão quanto aos efeitos jurídicos da união homoafetiva. Não há previsão legal quanto aos efeitos jurídicos decorrentes dessa união, mas existem efeitos patrimoniais.

No mesmo sentido pode-se recorrer aos ensinamentos de Guiseppe LUMIA (2003)¹²²:

O recurso à analogia ocorre quando uma norma jurídica que regula determinado caso é aplicada a um caso diverso, mas congruente com o primeiro em todos os seus aspectos essenciais.

¹¹⁹ KELSEN, op. cit., 1974.

¹²⁰ BOBBIO, op. cit., 2000.

¹²¹ BOBBIO, op. cit., 2000.

¹²² LUMIA, Guiseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 91.

E, ainda, tem-se Maria Helena DINIZ (1999)¹²³ que ensina: “*lacuna*” designa os possíveis “*vazios*”, ou melhor, os casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, “*uma solução*”.

Concluindo, no caso das uniões homoafetivas, é um relacionamento que a lei expressamente não proíbe, não permite e não criou qualquer sanção para esta forma de união. Não há como não lhes proporcionar efeitos jurídicos, inclusive patrimoniais e existenciais.

Mesmo não havendo previsão expressa no ordenamento jurídico, impõe-se ao juiz buscar solução para decidir a respeito dos efeitos jurídicos dessa relação. Assim estabelece o preceito do art. 126 do Código de Processo Civil:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

No mesmo sentido, tem-se o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Dessa forma, para o caso das uniões homoafetivas, a lacuna deverá ser preenchida com os princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, como livre orientação sexual, já que a Constituição Federal em seu art. 3º inc. IV reza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem-estar de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como destaca RIOS (2001)¹²⁴:

O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como núcleo essencial à idéia de que a pessoa humana é um

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 28.

¹²⁴ RIOS, op. cit., p. 89.

fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função de características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.

Uma vez estabelecidas as premissas, a concessão de efeitos jurídicos à união homoafetiva, segundo presente hipótese, seguiria a equiparação à união estável.

Para a colmatação, então, deve-se observar os requisitos de aplicação do processo analógico alinhados por DINIZ (1999)¹²⁵ (vazio legislativo; relação de semelhança entre o caso não contemplado em lei e o caso previsto) e a incidência do que BOBBIO (2000)¹²⁶ chama de *semelhança relevante* (verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações).

Quanto ao primeiro requisito, indubitosa a não previsão na norma jurídica, em que pese algumas manifestações legislativas nesse sentido, como o projeto da EC 67/99¹²⁷ e o projeto de lei n. 1151/1995.

Com relação ao segundo requisito, as semelhanças entre os dois institutos são evidentes. Tanto as uniões estáveis, quanto as uniões homossexuais são relações de afeto, constituídas de maneira informal (independentemente de celebrações oficiais, sem vínculo formal, tal como ocorre no casamento). Em ambas as uniões, as pessoas relacionam-se por afeto, em comunhão de vida, em solidariedade e comunhão de interesses, unidas com ânimo de constituir família, como se casados fossem.

¹²⁵ DINIZ, op. cit., p. 162.

¹²⁶ BOBBIO, op. cit., 2000.

¹²⁷ Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição n. 67, de 1999, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim, propondo a alteração do art. 3º, IV e do art. 7º, XXX, da Constituição Federal de 1988. Tais dispositivos tinham a seguinte redação: “Art. 3º, IV — promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, orientação sexual, crença religiosa, cor, idade e quais outras formas negativas de discriminação; Art. 7º, XXX — proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual, crença religiosa, idade, cor ou estado civil”. Na sua justificção, a proposta relata a apresentação de anteriores projetos no mesmo sentido, indo desde a Assembléia Constituinte de 1987, passando pela revisão constitucional de 1993 e chegando em 1995.

Nesse ponto, insta frisar que à semelhança do que ocorre na união estável, para gerar efeitos jurídicos, a união homossexual deverá apresentar-se pública, ostensiva, de notório conhecimento de todos, não vivida na clandestinidade; deverá ser uma relação estável, contínua e duradoura, no sentido de se ter uma convivência diária num compartilhar de interesses, emoções e desilusões. Quanto à durabilidade, que também implica na estabilidade, impõem-se considerações.

No que tange ao lapso temporal que caracterizaria a relação homossexual ou a união estável não está estipulado em lei, já que os sentimentos não podem ser aferidos por padrões estantes, variando, assim, de caso para caso. O tempo determinante para a caracterização da estabilidade da relação deve ser aferido pelo Juiz ao analisar o caso concreto frente às demais circunstâncias sociais que apontem para a durabilidade.

Insta, ainda, destacar a questão da convivência *more uxório* que alguns doutrinadores insistem em aplicar a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, o que se entende já superada, ante o art. 1723 do Código Civil.

Quanto ao terceiro elemento analógico — identidade essencial ou de fato que levou ao legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação, à qual se quer comparar a situação não contemplada, — indubitavelmente, a semelhança relevante de ambos os casos constitui-se no afeto informal.

Os dois institutos centram-se em relações interpessoais de amor desvinculado de ato formal para o surgimento e manutenção da vida em comum.

Nesse sentido importante destacar o acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL¹²⁸:

¹²⁸ Ap. Cível n. 70005488812, 7ª Câmara Civil, TJRS, relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis. 25/6/2003.

Não há como fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar à semelhança do casamento e da união estável, pois o óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso de tal forma integrativa do sistema jurídico, eis que identidade sexual, assim como a esterilidade do casal, não serve de justificativa para se buscar qualquer ramo do Direito que não o Direito de Família.

Por outro lado, a inserção das uniões homoafetivas no mundo jurídico, como entidade familiar deve resultar da conjugação do mecanismo do processo analógico e da interpretação hermenêutica construtiva, baseada na interpretação extensiva dos valores constitucionais, mormente da dignidade humana e igualdade.

Importante destacar que sob o aspecto constitucional, a leitura do dispositivo do art. 226 da Constituição Federal deve mirar-se na unidade e coerência da Constituição, evitando-se as contradições entre suas normas.

A norma constitucional é uma petição de princípios e, por conseguinte, permite sua atualização, pela importação de valores provenientes da própria comunidade, quer em relação à existência de novas ideologias¹²⁹, quer no sentido de desenvolvimento, de modo que os preceitos constitucionais *obriguem as consciências (princípio da força normativa da Constituição)*¹³⁰, resultando na constante renovação do direito e da ordem jurídica.

A aplicação de um ou outro princípio constitucional a uma situação fática não se constitui em ato isolado, mas deve ser em conjunto com os demais, por uma ponderação, em que o predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto e deverá ser de forma harmônica, ressaltando os valores da comunidade.

¹²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 102-4.

¹³⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 73-6.

A Constituição não só possibilita como requer que o legislador e o juiz, no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o texto (programa de norma) e seu âmbito (realidade), concretizem o direito vigente de forma a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para a caracterização das uniões homossexuais como entidades familiares, que à similitude com as uniões estáveis não se caracterizam pelo vínculo formal.

Na falta de proibição expressa ou previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição conforme o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto requer a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois, sob a ótica do direito de família, a norma do § 3º, do art. 226 da CF/88, não exclui a união estável entre os homossexuais.

A fonte para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que indica como valor fundante do Estado Democrático de Direito — o princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), a liberdade e igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º) que, segundo ensina FACHIN (1997)¹³¹:

(...) formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo atributo inerente e inegável da pessoa e, conseqüentemente, como direito fundamental, constitui-se em prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a formação de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária.

¹³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo – a nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 114.

Esta equiparação faz-se necessária para que se obtenha uma segurança jurídica de forma a reduzir as distorções que se verificam com resoluções malfadadas na área obrigacional, que desmerecem vínculos afetivos de igual ordem de valor que aqueles verificados nas entidades familiares expressamente reconhecidas. Na área patrimonial, igualmente, a não equiparação importa em soluções insatisfatórias que importam, muitas vezes, em locupletamento ilícito de pessoas que em nada contribuíram para a formação do patrimônio resultante daquela convivência de interesses comuns, como se pode verificar, quando da dissolução da relação homoafetiva pela morte de um dos parceiros, como se segue.

Para concluir este capítulo, importante trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de MELLO¹³², exposto na ADIN 3300.

(...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento, a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria, cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parcerias homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

¹³² ADIN 3300 MC/Direito de Família jul. 3/2/2006. Publicação em DJ 09/02/2006.

Prosseguindo,

Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade família. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros fazem *jus* à mesma proteção.

PARTE 4.

***O DIREITO SUCESSÓRIO
E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS***

PARTE 4.

O DIREITO SUCESSÓRIO E AS UNIÕES HOMOAFETIVAS

4.1 DIREITO SUCESSÓRIO E AS PARCERIAS HOMOAFETIVAS

Como se vem afirmando desde o início do trabalho, o silêncio legislativo acerca das uniões homoafetivas gera toda espécie de injustiça e preconceito, deixando muitos problemas sem uma solução satisfatória, seja de ordem existencial ou patrimonial.

Apesar de não ser reconhecida juridicamente no contexto legal brasileiro, com *status* de família, a união entre pessoas do mesmo sexo produz efeitos jurídicos no campo do Direito das obrigações e do Direito das Sucessões, em situação parecida com aquela envolvendo os companheiros, em fase pré-Constituição de 1988.

Sem a equiparação das uniões homoafetivas à união estável, não há como se atribuir direito sucessório ao parceiro homossexual supérstite.

Para aqueles que alijam¹³³ a possibilidade de inserção da união entre pessoas do mesmo sexo no âmbito do Direito de Família e a relegam ao Direito Obrigacional, ao parceiro somente se confere parcela dos bens adquiridos durante o período de convívio. Mesmo assim, a divisão dos bens fica condicionada à prova da efetiva participação na sua aquisição, nos padrões da dissolução de sociedade de fato.

¹³³ Nesse sentido ver posicionamento Rainer Czajkowski, Francisco Pizzolante, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entre outros.

Euclides de OLIVEIRA (1998)¹³⁴, cujo entendimento é pela impossibilidade de se conceder herança por parte do parceiro homossexual, traça nítida distinção entre meação e aquele termo quando afirma:

(...) mais facilmente, quando existe prévia separação dos companheiros (hetero ou homossexuais) ainda em vida. Desde que tenha havido formação de patrimônio durante a convivência, faz-se a divisão correspondente à participação de cada um na aquisição. Sendo igual essa participação, divide-se por dois, cabendo, pois a meação. O mesmo se dá na atribuição dos bens depois da morte: primeiro, a meação; depois, o que sobra dessa divisão é que constitui a herança. E sua destinação, como já exposto, não se dá em favor do companheiro sobrevivente, mas sim dos herdeiros legítimos ou testamentários.

No mesmo sentido de negar direito sucessório à união homoafetiva à semelhança do que ocorrera com a união estável tem-se a destacar trecho do voto do Ministro TEIXEIRA¹³⁵:

(...) o objeto litigioso deduzido em Juízo, por mais relevantes que sejam considerações paralelas, diz com o direito obrigacional. Com efeito, embora permeadas as colocações com aspectos de relacionamento afetivo e amoroso, de convivência humana, de busca da felicidade, as causas de pedir e os pedidos estão vinculados ao direito obrigacional.

Importante ressaltar que a maioria das decisões judiciais, sobremaneira no Superior Tribunal de Justiça, é nesse sentido, pois são oriundas de apego ao rigorismo formal.

Importante, neste ponto, trazer à colação o posicionamento de GAMA¹³⁶ que, embora entenda que as uniões homoafetivas não constituam entidade

¹³⁴ OLIVEIRA, Euclides de. **União homossexual não dá direito à herança**. abr 1998. Disponível em <<http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/civil1.htm>>. Acesso em: 10 nov 2005.

¹³⁵ Trecho do voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 148897/MG. Relação Min Rui Rosado Aguiar. Órgão julgador 4ª Turma, data do julgamento 10/02/1998. data da publicação DJ 6/4/1998, p. 132.

¹³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Introdução: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: _____. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

familiar, confirma haver a existência de semelhança entre o tratamento jurídico atual, dispensado às uniões homoafetivas, e aquele ministrado ao companheirismo antes do advento da atual Constituição Federal, inclusive aludindo que, em certos pontos, o atual tratamento seria mais benéfico aos parceiros homossexuais:

Relativamente aos efeitos pessoais entre os parceiros, (...) as relações pessoais existentes entre os partícipes das uniões homoafetivas não podem ser comparadas com aquelas existentes entre sócios de uma sociedade de fato, dada a repercussão da natureza sexual normalmente própria daquelas uniões. Tal como ocorria no passado em relação aos companheiros, os deveres entre os parceiros de união do mesmo sexo são decorrentes dos próprios atributos e requisitos do vínculo afetivo, sem qualquer sanção no caso de descumprimento. Assim, tais deveres se localizam basicamente na ordem moral e não jurídica. Tal circunstância, no entanto, não é óbice à constatação da existência de deveres tais como a lealdade, coabitação e a assistência moral e material, próprias de relações fundadas no afeto, respeito, solidariedade e consideração aos parceiros, reciprocamente.

E em relação aos efeitos patrimoniais afirma:

No que tange aos efeitos patrimoniais, tal como ocorreu quanto aos companheiros, será indispensável, em termos legislativos, a adequação do Direito à realidade sociológica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, já que tais uniões extrapolam os efeitos patrimoniais das sociedades constituídas com o objetivo comum, mediante conjugação de esforços de seus sócios.

As repercussões patrimoniais, nas uniões homoafetivas, surgem como reflexo direto da comunhão de vida e, sentimentos mantidos entre os parceiros durante certo período, não sendo razoável que um deles fique ao desamparo pela circunstância da dissolução da relação mantida entre eles.

Em decorrência do afeto, da comunhão de vida, da solidariedade, é comum a conjugação de esforços dos parceiros nas uniões homoafetivas, para a manutenção e administração do lar, inclusive na constituição de patrimônio, com aquisição de bens. Em outras palavras, verifica-se a participação econômico-financeira entre parceiros tendo como propósito o desenvolvimento e bem estar

da relação, conseqüência do entrosamento do convívio duradouro, harmônico e sadio. Esta relação não pode subsumir-se na mera sociedade de fato, já que todo aumento do patrimônio daquela união não se deveu a mera relação financeira, mas foi oriunda de um convívio, uma conjugação de esforços ligados pelo afeto, ou seja, o elemento caracterizador da relação baseia-se na afetibilidade, visando o desfrute por ambos em seu convívio familiar e não pode ser tomado como uma simples vontade de constituir patrimônio para enriquecer.

Com efeito, para os autores, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Euclides de Oliveira e outros, que consideram esta relação como sociedade de fato, admitiam a produção de efeitos jurídicos patrimoniais entre os parceiros nos termos do art. 1369 do anterior Código Civil, sem correspondente exato na nova codificação civil, com possível semelhança com o atual art. 981.

Ainda sob orientação do mesmo entendimento, o teor da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal adaptar-se-ia perfeitamente em relação aos parceiros, pois a exegese da expressão “esforço em comum” levaria em conta a adequação do Direito à realidade da união homoafetiva, para fins de partilhar os bens.

Importante destacar que, os que não reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar e entendem que não há qualquer relação jurídico-familiar capaz de tornar o parceiro herdeiro legítimo, somente admitem a via testamentária ou legatária, como os únicos meios de instituí-lo herdeiro, pois não haveria incidência de quaisquer das restrições previstas no art. 1719 do anterior *Codex*, hoje, previsto no art. 1801. Nessa linha de pensamento, ainda vislumbram a possibilidade do parceiro, neste caso, ser beneficiado por doação entre si e ser instituído beneficiário de seguro de vida, dada a inexistência de proibição.

Toda essa maneira de pensar, no entanto, traduz uma carga muito desmerecedora a quem — dia após dia de harmônica convivência é repentinamente atingido pela dissolução de sua união devido ao óbito de seu parceiro — deverá suportar um processo que reduzirá seu afeto à mera relação financeira, com desfecho na área obrigacional.

O sentido de incluir o parceiro homossexual supérstite na sucessão hereditária é mérito da Justiça gaúcha que tem as primeiras decisões favoráveis, adotando-se o posicionamento de estabelecer a união homoafetiva análoga à união estável. Nos Embargos Infringentes n. 70003967676, aplicando a analogia às normas da união estável, o 4º Grupo de Câmaras cíveis do TJRS — Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, vencido, sendo designada para redigir o acórdão a Desembagadora Maria Berenice Dias — decidiu, por maioria, em 9/5/2003, que tendo havido união estável homoafetiva, ao parceiro sobrevivente foi reconhecido direito sucessório, cabendo-lhe a totalidade do acervo hereditário, afastando-se a declaração de vacância da herança, pois o *de cujus* não deixara outros herdeiros. Com essa decisão foi mantida a sentença de primeiro grau, proferida pela Juíza Judith dos Santos Mottecy, em 24/2/1999 (ação ordinária 01196089682 - 2ª vara cível de Porto Alegre). Anteriormente, em 8/11/2001, em acórdão proferido na apelação cível 7003016136, a 8ª Câmara Civil do TJRS, relator Desembargador Alfredo Guilherme Englert, mandou aplicar à união homoafetiva, por analogia, a legislação da união estável (à época as leis n. 8971/94 e n. 9278/96), concedendo ao companheiro supérstite a meação dos bens adquiridos durante a convivência, bem como assegurou ao parceiro o direito real de habitação sobre o imóvel residencial em que viveram.

Adotando-se o posicionamento que confere a equiparação à união estável, reconhecendo-se a existência da natureza jurídica de entidade familiar à união homoafetiva, passa-se a conferir os direitos hereditários aos companheiros, inserindo-os na ordem de vocação hereditária, antes dos parentes, assegurando-lhes o direito de herança, o direito real de habitação e usufruto.

Assim considerando, não suscita qualquer dúvida na concessão da totalidade do acervo hereditário adquirido durante a convivência ao companheiro, quando da inexistência de outros herdeiros, nos termos do art. 1790 do Código Civil. Nesse ponto, entendendo cabível por analogia ao art. 1830 do mesmo diploma legal, a exigência de que somente fará *jus* à totalidade da herança se

ainda em convivência à data do óbito ou se tal convivência estivesse rompida há menos de dois anos, sendo que, nesse caso, caberá ao companheiro sobrevivente, o dever de comprovar que a ruptura do relacionamento deu-se por culpa exclusiva do falecido.

Insta ressaltar que, se o *de cujus* era possuidor de outros bens — adquiridos antes de iniciar-se a convivência estável e não podendo esses bens integrar a herança do companheiro sobrevivente, e na inexistência de colaterais até o quarto grau — a rigor do art. 1844 do Código Civil serão destinados ao Estado.

A situação que traz interesse se perfaz na aplicação do art. 1790 do Código Civil, quando da ordem hereditária estabelecida.

Não havendo a tradição entre os brasileiros da elaboração de testamento, na abertura da herança sempre surgem dúvidas, sobretudo, na existência presença de um companheiro homossexual.

Primeiramente, no contexto atual, ante a inexistência de legislação, deverá a união homoafetiva vivida ser reconhecida como verdadeira entidade familiar, aferindo-se os pressupostos da ostensividade, publicidade, estabilidade e demais sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afeto. Partindo daí, a aplicação do art. 1790 do Código Civil deverá ser observada.

Por razão óbvia, incabível o inciso I do art. 1790 Código Civil à espécie em análise, dispensando qualquer comentário.

Quanto ao previsto no inc. II e III do mesmo diploma legal, caberá ao companheiro supérstite a metade do que couber a cada um dos descendentes ou um terço da herança se frente a outros herdeiros, no que se refere aos bens adquiridos na constância da convivência, além de sua meação, advinda do art. 1725 Código Civil.

Em que pese críticas à redação do direito sucessório no Código Civil vigente, dado o contexto histórico a que obedeceu em sua elaboração, o fato que importa é que a solução que mais atende aos anseios daqueles que, à similitude das uniões livres do passado viviam na marginalização, no contexto atual é a equiparação das uniões homoafetivas à uniões estáveis.

A ausência de previsão legal não pode implicar em práticas discriminatórias que incentivam ao locupletamento. É imprescindível que se reconheçam direitos sucessórios ao parceiro homossexual que conviveu, compartilhou da intimidade, de sonhos, de desventuras com o outro, em verdadeira comunhão de afeto e solidariedade até a morte, contribuindo, na maior parte das vezes, para a formação de um patrimônio. Não pode ser considerada justa e dentro dos princípios do estado democrático de direito, uma decisão que, por conta de preconceito, ou de juízos pré-formulados fundados em dogmas, nega ao parceiro supérstite direito a herança, por considerar somente o fato de tratar-se de casal biologicamente do mesmo sexo.

Cabe ao Poder Judiciário solucionar os problemas advindos do desenvolvimento social, de forma inovadora, a fim de suprir o não acompanhamento de tais evoluções pela lei. Não que isso implique em legislar. A homogeneidade das decisões judiciais impõe-se e devem seguir no caminho da equiparação à união estável, pois é, no contexto atual, o instituo que guarda estreitas similutes, para que se corrijam injustiças até que o legislador aprove ordenamento jurídico próprio que regule as uniões homoafetivas, não como o projeto de lei n. 1151 e seu Substitutivo de 1996, mas um ordenamento que insira as uniões homoafetivas dentro do contexto do Direito de Família, como entidade familiar, pois, só assim, se estará reconhecendo o real valor do afeto que entrelaça a vida dessas pessoas, que hoje vivem à margem da sociedade.

CONCLUSÕES

CONCLUSÕES

Com a retirada do corpo da expressão “constituída pelo casamento”, inserida na Constituição Federal de 1969, o constituinte pôs sob a tutela constitucional todas as formas de entidades familiares. Com o desaparecimento da cláusula de exclusão e a inserção de cláusula geral de inclusão do *caput* do art. 226 Constituição Federal, torna-se ilícito excluir qualquer entidade familiar que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, constituindo o mencionado rol das famílias, de cunho meramente exemplificativo. Trata-se, ali, de conceito amplo que conduz à tipicidade aberta, de sentido inclusivo, cujo teor é reforçado pela conjugação do § 4º do mesmo dispositivo legal, incluindo-se as uniões homoafetivas.

Não se ignora ainda, a posição que sustenta a inconstitucionalidade da regra constitucional invocada, por violar os princípios da dignidade humana e da igualdade ao discriminar o conceito de homossexualidade e por afrontar ao princípio da unidade constitucional. Em decorrência, a leitura do dispositivo deve mirar-se na unidade e coerência da Constituição, evitando-se as contradições entre suas normas. A interpretação da Constituição deve ser atualizada com valores provenientes da própria comunidade, de modo que os preceitos constitucionais obriguem as consciências (princípio da força normativa da Constituição)¹³⁷.

A norma constitucional é uma petição de princípios e, por conseguinte, permite sua atualização, constituindo, sua interpretação, em importante elemento de constante renovação do direito e ordem jurídica, sensível às mudanças que

¹³⁷ MAGALHÃES FILHO, op. cit., 2001, p. 73-6.

ocorrem na sociedade, quer no sentido do desenvolvimento ou quanto à existência de novas ideologias¹³⁸.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não há como negá-las, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Poder Judiciário solver os conflitos, não sendo possível nesses casos que convicções de ordem subjetivas impeçam e vedem o enfrentamento e as atribuições de efeitos, gerando grandes injustiças. Subtrair direitos de alguns e gerar enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e, sendo dever do Poder Judiciário defender a cidadania e proporcionar a inclusão dos excluídos juridicamente, não há como ignorar tal discriminação.

A partir das premissas de que as relações homoafetivas constituem uma realidade notória, que o Direito deve atenção, e que a interpretação da Constituição deve ser ativa, no sentido de ser concreta e atual, sem se apartar da unidade e eficácia de suas normas, pode-se reler a regra constitucional relativa à família, do casamento, da união estável e das uniões monoparentais, cuidando da vinculação com as uniões homossexuais.

Ressalte que a Constituição contém princípios gerais, dotados de alto grau de abstratividade, que a mantém aberta ao tempo e sob o compromisso da mudança democrática de sentido. A aplicação de um ou outro princípio a uma situação fática não se constitui em ato isolado, mas em conjunto com os demais, por uma ponderação, em que o predomínio de um ou outro dependerá das exigências do caso concreto e será de forma harmônica, sempre vislumbrando os valores da sociedade.

Sob esse panorama, demonstra-se que a Constituição fornece as diretrizes para as decisões, possibilitando maior liberdade criadora para o interprete que conjuga o sentido da norma adequando-o ao caso concreto.

¹³⁸ BASTOS, op. cit., 1999, p. 102-4.

A Constituição não só possibilita, como requer que o legislador e o Juiz, no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o texto (programa de norma) e seu âmbito (realidade), concretize o direito vigente de forma a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para a caracterização das uniões homossexuais como entidades familiares.

Na falta de proibição expressa ou previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição conforme o cânone hermenêutico da “unidade da Constituição”, segundo o qual uma interpretação adequada do texto requer a consideração das demais normas, de modo que sejam evitadas conclusões contraditórias, pois, sob a ótica do direito de família, a norma do § 3º, do art. 226 da CF/88, não exclui a união estável entre os homossexuais.

A fonte para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que indica como valor fundante do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III), a liberdade e igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF art. 5º, X) que, segundo ensina FACHIN (1997)¹³⁹, formam a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa e, conseqüentemente, como direito fundamental, constitui-se em prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a formação de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária¹⁴⁰.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, conduz à atribuição de um regime normativo originariamente destinado a situação diversa de tais relações, como a entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher.

¹³⁹ FACHIN, op. cit., 1997, p.114.

¹⁴⁰ FACHIN, op. cit., 1997, p. 114.

O fator de semelhança autorizadora para a equiparação das uniões homossexuais seria a falta de vínculos formais e a presença substancial de uma entidade de vida afetiva, sexual, duradoura e permanente entre companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre nas relações heterossexuais, argumento que se constrói na concretização da Constituição, já que proporciona uma unidade diante da realidade histórica, fazendo concorrer com os princípios informativos do Direito de Família, também presentes na Carta Magna, outros princípios constitucionais, como da igualdade perante a lei e a proibição de discriminação por orientação sexual, como também o da dignidade humana.

Destarte, a solução dos relacionamentos homoafetivos só pode encontrar subsídios no instituto mais próximo, que é a família, e dentro de seus diversos tipos, naquela que se estrutura na solidariedade, a união estável.

Uma vez comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida comum estável, coabitação e laços afetivos, depara-se com uma entidade familiar, que goza de proteção constitucional, e nada justifica o não reconhecimento de sua existência, devendo-se assegurar aos conviventes do mesmo sexo os direitos garantidos aos heterossexuais¹⁴¹.

A família contemporânea não corresponde àquela formatada pelo Código Civil de 1916, formada por pai e mãe, unidos pelo matrimônio regulado pelo Estado, a quem se conferiam filhos legítimos, eis que, o grande número de famílias não matrimonializadas, provenientes de uniões estáveis, ao lado de famílias monoparentais, demonstram a abertura de possibilidades de novas entidades, para além de um único modelo, como consagrado sob a égide do anterior Código Civil.

A nova família tem por objetivo construir uma história em comum, em comunhão afetiva. A ausência de afetividade implica na falência do projeto de

¹⁴¹ DIAS, op. cit., 2001, p. 17-21.

vida. Hoje, não mais se identifica o papel de marido ao pai, já que os papéis e funções são diversos, e a procura de um outro desenho jurídico familiar, passa pela superação da herança tradicional. Embora aceitando a prevalência de valores e princípios tradicionais, em matéria conjugal, fato que obsta o reconhecimento às relações entre pessoas do mesmo sexo, pois a sexualidade se vincula ainda à procriação, reconhece GAMA (2000)¹⁴² que a realidade fática de ditas uniões, tal como ocorreu com a união livre, deve percorrer caminho também difícil e tortuoso, mas vai atingir o *status* de família em tempos não muito distantes.

Por fim, não se constitui descabido o posicionamento que considera a união homoerótica como forma de união estável. Este entendimento se fundamenta na conjugação nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, considerada a visão unitária e coerente da Constituição, com o manejo da analogia e suporte nos princípios gerais de Direito. No entanto, se deve visualizar, na relação, os pressupostos da ostensibilidade, estabilidade, da fidelidade, de sinais explícitos de uma verdadeira comunhão de afetos, devendo guardar coerência com o atual Código Civil.

O reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis, além de consagrar efeitos existenciais às uniões, atraindo-as para a esfera do Direito de Família, importará em reconhecimentos de efeitos patrimoniais, na seara do direito sucessório.

Hoje, sem o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares não há como conferir a qualidade de herdeiro legal. As soluções aplicadas são injustas e frustrantes. As uniões homoafetivas, sendo consideradas pela jurisprudência majoritária como sociedade fato, no caso de dissolução da união caberá ao parceiro a metade do patrimônio amealhado na

¹⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não fundada no casamento. **Revista dos Tribunais**, n. 771, p. 62-8, 2000.

constância do relacionamento, após comprovação da efetiva contribuição de esforços. Essa solução não traz prejuízos quando se trata de dissolução voluntária dos parceiros. Entretanto, em persistindo o atual tratamento em relação ao desfazimento da união por óbito de um dos parceiros, o prejuízo ao supérstite é inevitável. Além de sofrer as agruras de ver seu afeto e sua intimidade serem tratados como contribuição efetiva, de cunho patrimonial, somente lhe caberá a metade do patrimônio amealhado, durante o relacionamento, ou, quando muito, esperar uma parcela a mais, caso instituído herdeiro legatário ou testamentário.

A atual solução jurídica majoritária, para o caso de dissolução da união homoafetiva pela morte de um dos parceiros, que reconhece a sociedade de fato, induz ao locupletamento de terceiros estranhos àquela relação. Na maioria das vezes, os beneficiados condenavam a relação e nada contribuíram para a formação do patrimônio em comum, mas por motivo de previsão legal (ordem legal sucessória) e não reconhecimento da qualidade de herdeiro ao parceiro homossexual, recebem uma herança indevida, fruto exclusivo dos esforços dos parceiros, amealhados em comunhão de interesses em desfrutar da convivência afetuosa. Deve-se, pois, adotar posicionamento no sentido de que sejam corrigidas tais distorções, propiciadas por posicionamentos rígidos, de forte cunho discriminatório. O reconhecimento da equiparação da união homoafetiva à união estável é necessário, torna-se a repetir, até que se disponha legalmente, sua diretriz, não só para imitar o parceiro na ordem sucessória, atribuindo-lhe todos os direitos sucessórios decorrentes, como delimitou esta dissertação, mas para inserir as uniões homoafetivas em âmbito muito maior — no Direito de Família e em todos os direitos e deveres que lhe são inerentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBENZ, Guillermo Oswaldo. **Medicina legal e antropologia forense**. São Paulo; Atheneu, 1988. p. 419.

ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor. 1991. p. 137.

ARRUDA, José Jobson de A.; PELETTI, Nelson. **Toda a história, história geral e história do Brasil**. 6.ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 333-4.

AZEVEDO, Alvaro Villaça de. **Do concubinato ao casamento de fato**. 2.ed. Belém: Cejup, 1987. p. 66

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Liv. Almedina, 1994.

BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5-10.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 102-4.

BENDA, Ernest. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In:_____. Manual de derecho constitucional. Madrid. Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 121.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 16.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento**. Brasília: UnB, 2000.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: RT, 2002. p. 17.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Súmula nº. 197. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. **Diário da Justiça**, Brasília, 22 out. 1997, p. 53614.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 382. A vida em comum sob o mesmo teto “more uxório”, não é indispensável à caracterização do concubinato. **Diário da Justiça**, Brasília, 8 maio 1964, p. 1237.

BRAUNER, Maria Cláudia. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 260.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 53.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1037.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) et al. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CITTADINO, Gisele. Princípios constitucionais, direitos fundamentais e história. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 101-8.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: _____. **Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: RT, 1995. p. 34-53.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42.

COSTA, Jurandir Freire. Politicamente correta. **Revista Teoria & Debate**, n. 18, p. 24, maio-jul. 1992. Entrevista por Maria Rita Kehl.

CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 176, p. 95-107, 1995.

DIAS, Maria Berenice, SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: interseções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 8, p. 68, jan.-mar. 2001.

DIAS, Maria Berenice. Efeitos patrimoniais das relações de afeto. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 15, p. 301, 1997. Caderno 3.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual, o preceito e a justiça**. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2000a. p. 99.

DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DO DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM, 2., 2000, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2000b. p. 81.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito e a justiça. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 48.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 28.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder. 16.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo – a nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 114.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 99.

FACHIN, Luiz Edson. Família, direitos e uma nova cidadania. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIA E CIDADANIA, 3., 2002, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG, 2002. p. 15.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 26-8.

FIÚZA, Ricardo. **Audiência pública sobre o novo Código Civil**: 13.09.2000. Brasília: Direito de Família, 2000.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade - I**: a vontade de saber. Tradução Maria Thereza de Albuquerque e J. Guilhaon Albuquerque. 7.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 38.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não fundada no casamento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 771, p. 62-8, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Introdução: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: _____. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo**: uma espécie de família. São Paulo: RT, 1998.

GARCEZ FILHO, Martinho. **Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1932. v. 2. p. 4.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 25.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 412.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 118.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 17.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 468.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 30.

GONÇALVES, Lopes. **A Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: F.F. Ed., 1935.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 1, p. 95.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, p. 13, abr.-jun. 1999.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: OS PENSADORES: Kant (II), Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares**. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 13.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A desigualdade de direitos entre o homem e a mulher face à nova Constituição. **Ajuris**, Porto Alegre, ano 21, n. 61, p. 34, jul. 1994.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre entidades familiares. In: COMMAILLE, Jacques et al. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 45-6.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionais: para além do numerous clausus. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, 2002.

LUMIA, Guiseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 91.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 124.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 73-6.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 92.

MATOS, Ana Carlo Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo**: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 81.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. t. 1. p. 13.

MURPHY, Walter Família; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. **American Constitutional interpretation**. 2nd ed. Websbury: The Foudation Press, 1995.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.

OLIVEIRA, Euclides de. **União homossexual não dá direito à herança**. abr 1998. Disponível em <<http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/civil1.htm>>. Acesso em: 10 nov 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Sérgio A Fabris, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 84-5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 3.ed. Belo Horizonte: Sergio Fabris, 1990. p. 56.

PERLINGIERI, Pietro. Estado democrático de direito. In: _____. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. Estado democrático de direito. In: _____. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243-4.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. v. 1.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 81.

ROURE, Agenor. **A constituinte republicana**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. v. 2. p. 512-3.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária. In: DELGADO, Mário Luiz et al. (Coord.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2005. p. 233. (Série Grandes temas de Direito Privado).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 154.

SHORTER, Edward. **A formação da família moderna**. Lisboa: Terra e Mar, 1975. p. 11.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SUANNES, Adauto. **Unões homossexuais e a Lei 9.278/96**. Rio de Janeiro: COAD, 1999. p. 28-33. edição especial.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. 576 p.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares. In: _____. **Temas de direito civil**. 3.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 384.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VARELA, Antunes. **Direito da família**. 3.ed. Lisboa: Petrony, 1993. v. 1.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Tradución María García Rubio de Casas e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Editorial Civitas, 1991.